

CRONACHE DAL FORO PARMENSE

Anno XXVI numero 2 – giugno 2017

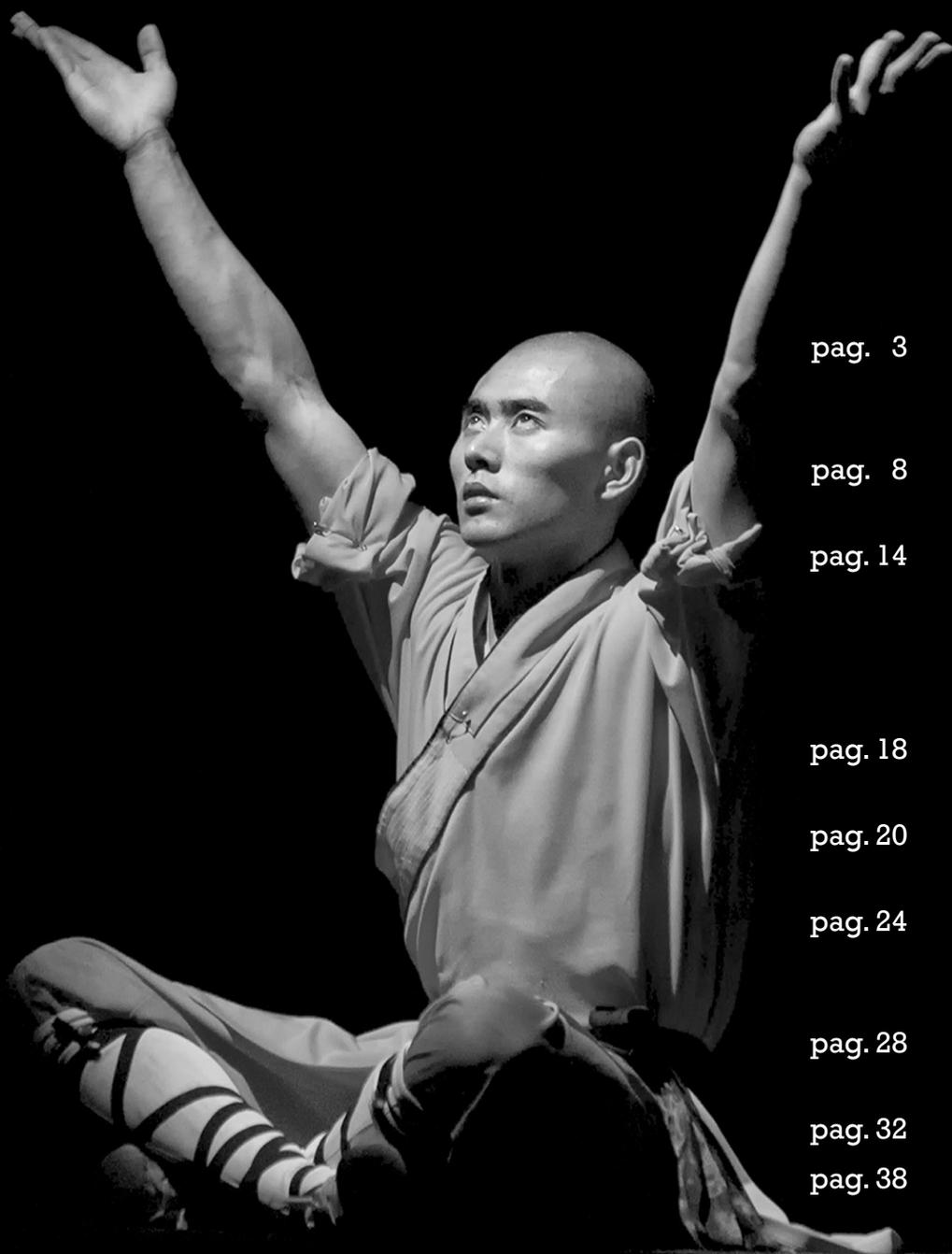
Periodico quadrimestrale a cura dell'Ordine degli Avvocati di Parma.

Autorizzazione del Tribunale di Parma n.14 del 10 giugno 1992.

Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/c legge 662/96

Filiale di Parma

Direttore responsabile: avv. Giuseppe Negri



pag. 3 *Jobs act* degli autonomi:
prime riflessioni (doppio
commento)

pag. 8 Cass. 11504/2017: l'asse-
gno divorzile

pag. 14 Le polizze obbligatorie:
la "nuova" polizza profes-
sionale per gli avvocati
avvocati: una categoria a
rischio infortuni?

pag. 18 La mediazione familiare:
una pratica inutile?

pag. 20 La mediazione a due
velocità

pag. 24 CITES - *Convention on
International Trade of En-
dangered Species*

pag. 28 Il nuovo bilancio d' eser-
cizio

pag. 32 Segnali di fumo

pag. 38 Giurisprudenza discipli-
nare

SOMMARIO

pag. 3	<i>Jobs act</i> degli autonomi: prime riflessioni (doppio commento)
pag. 8	Cass. 11504/2017: l'assegno divorzile (doppio commento)
pag. 12	Variazioni
pag. 12	Aggiornamento albi
pag. 13	Attività del Consiglio
pag. 13	Comunicazioni
pag. 14	Le polizze obbligatorie: - la “nuova” polizza professionale per gli avvocati - avvocati: una categoria a rischio infortuni?
pag. 18	La mediazione familiare: una pratica inutile?
pag. 20	La mediazione a due velocità
pag. 24	CITES - <i>Convention on International Trade of Endangered Species</i>
pag. 28	Il nuovo bilancio d'esercizio
pag. 32	Segnali di fumo
pag. 38	Giurisprudenza disciplinare

chiuso in redazione l'11 luglio 2017

Comitato di redazione:

avv. Nicola Bianchi, avv. Angelica Cocconi, avv. Emanuela De Roma, avv. Valentina Gastaldo, avv. Alessandra Mezzadri, avv. Giovanni Nouvenne, avv. Lucia Silvagna

Hanno collaborato a questo numero:

avv. prof. Luigi Angiello
avv. Ida Favero
avv. Gianrodolfo Ferrari
avv. Alessandra Palumbo
avv. Barbara Paoletti
avv. Ugo Salvini
prof. Veronica Tibiletti
avv. Immacolata Troianiello
avv. Giacomo Voltattorni
l'Osservatorio del diritto di famiglia – sezione di Parma

Jobs Act degli autonomi: prime riflessioni

Con la L. 22 maggio 2017 n. 81 il legislatore ha dettato alcune regole volte alla tutela del lavoro autonomo e a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato (lavoro agile).

Il presente scritto sarà dedicato ad un primo commento sul c.d. *Jobs Act* degli autonomi, che riguarda anche le professioni intellettuali, senza esaminare la normativa sul lavoro agile, che rientra nell'ambito del lavoro subordinato.

Una preliminare osservazione concerne il fuorviante anglicismo con il quale la legge è stata – ed è – presentata, facendo un accostamento con il c.d. *Jobs Act* (L. n. 183/2014 e successivi decreti legislativi), che ha profondamente modificato, tra l'altro, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Ebbene, va subito chiarito che la Legge n. 81/2017 ha una portata ben più modesta, sotto il profilo contenutistico, rispetto al c.d. *Jobs Act* riguardante il lavoro subordinato.

Il capo I della legge in commento si intitola "Tutela del lavoro autonomo" ed è composto dagli articoli da 1 a 17.

Si tratta di articoli, disciplinanti vari aspetti del lavoro autonomo, collocati alla rinfusa, senza un ordine logico d'alcun tipo, ad eccezione dell'art. 1, riguardante l'ambito di applicazione della legge con l'affermazione

ch'essa concerne i rapporti di lavoro autonomo con esplicita esclusione degli imprenditori, nonché dei piccoli imprenditori ex art. 2083 c.c..

L'esclusione esplicita dell'attività imprenditoriale – pur potendo apparire, *prima facie*, scontata – assume grande rilievo in linea di principio, essendo stata rimarcata, in tal modo, la netta differenza tra l'attività libero professionale e quella di impresa, in ordine alla quale si è molto discusso, come è noto, anche con riguardo alla professione forense.

Ciò posto, occorre rilevare che la legge n. 81/2017 contiene alcune norme immediatamente applicabili, altre di applicazione differita, in quanto presupponenti l'emanazione di decreti legislativi.

Le norme immediatamente applicabili sono poste a tutela del lavoratore autonomo sia sotto il profilo contrattuale sia sotto il profilo assistenziale *lato sensu*.

Il legislatore è intervenuto a tutela del lavoratore autonomo, ritenuto contraente debole rispetto a clienti forti economicamente (soprattutto Banche, Assicurazioni, Enti Pubblici etc...).

Si è prevista, *in primis*, l'applicazione del Dlgs n. 231/2002, anche alle "transazioni"¹ tra la-

1 L'art. 2 D.Lgs n. 231/2002 stabilisce alla lettera a) che si intende per "«transazioni commerciali» i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci

voratori autonomi e imprese, nonché tra lavoratori autonomi e amministrazioni pubbliche nonché, infine, tra lavoratori autonomi.

L'intento è di rafforzare la tutela contro i ritardi di pagamento dei compensi, estendendo espressamente ai lavoratori autonomi (quindi anche ai liberi professionisti) ciò che prima era previsto per gli imprenditori.

In verità, la legge n. 81/2017 nulla aggiunge di nuovo per i liberi professionisti, limitandosi a confermare ciò che era già previsto, posto che il D.lgs n. 231/2002 si applicava – e si applica – anche ai liberi professionisti (art. 2 lettera c).

Qualche carattere di novità ha l'art. 3, disciplinante le clausole e le condotte "abusive".

Andando oltre la disinvoltura del legislatore nell'utilizzazione dei termini giuridici, la norma vieta le clausole (definite abusive e prive di effetti) che consentano al committente di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, nonché quelle che attribuiscono la facoltà al committente, nei rapporti di durata, di recedere senza preavviso nonché le pattuizioni contenenti termini di pagamento superiori ai sessanta giorni.

Inoltre, si considera abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta

o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo".

(comma 2, art. 3).

Nell'ipotesi delle condotte abusive sopra descritte si prevede la possibilità per il lavoratore autonomo di chiedere il risarcimento dei danni ².

Non è facile (a dir poco) individuare, sul piano concreto, la portata innovativa dell'art. 3, in termini di tutela, per il libero professionista.

Dal punto di vista pratico potrebbe avere una certa rilevanza la disposizione relativa al termine di pagamento, contenuto nei 60 giorni; disposizione che però va valutata tenendo conto della debolezza contrattuale del lavoratore autonomo - in particolare nei rapporti di durata - che potrebbe indurre il creditore a non avvalersi, per ovvii motivi, di detta norma.

Per il resto è difficile che nella realtà - quantomeno per quanto riguarda l'avvocatura, ma ritengo che il discorso possa essere esteso alle altre professioni ordinistiche - si verifichino "abusi" contrattuali come quelli previsti dal legislatore.

In particolare lascia perplessi la disposizione riguardante la forma scritta del contratto "a richiesta" del lavoratore autonomo (professionista).

Non essendo richiesta la forma scritta *ad substantiam*, cosa accade qualora venga stipulato verbalmente un contratto di lavoro autonomo e allo stesso venga data regolare esecuzione?

Nulla quaestio sulla legittimità del contratto, ma non credo vi possa essere spazio alcuno per richieste di risarcimento dei danni.³

2 Art. 3, comma 3 della legge in commento.

3 Pare utile ricordare che la norma sulla forma introdotta dalla legge in commento si inserisce in un quadro poco chiaro di disposizioni sulla forma scritta riguardanti la professione forense. L'art. 2233, comma 3 c.c. dispone: "Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali". L'art. 13, comma 2, della l. n. 247/2012 (nuova disciplina dell'Ordinamento forense) stabilisce: "Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale."

La legge n. 81/2017 contiene alcune disposizioni di carattere fiscale e, *lato sensu*, assistenziali, come si è detto.

Le disposizioni fiscali, riguardanti la deducibilità delle spese di formazione, sono contenute nell'art. 7, che ha modificato l'art. 54, comma 5 del TUIR: è stata prevista l'integrale deducibilità sino a €10.000,00 "per l'iscrizione a master e a corsi di formazione o di aggiornamento professionale nonché le spese di iscrizione a convegni e congressi, comprese quelle di viaggio e soggiorno".

Si tratta di una parziale novità, in quanto - come è noto - l'art. 54, comma 5, del TUIR prevedeva già la deducibilità delle spese di viaggio e soggiorno in generale ma con un "tetto" fissato in termini percentuali ai compensi percepiti nel periodo d'imposta (2%).

Di immediata attuazione sono pure le disposizioni in tema di indennità di maternità e di tutela della gravidanza, malattia ed infortunio (articoli 13 e 14 della legge in commento).

L'art. 13 sull'indennità di maternità costituisce un'integrazione dell'art. 64, comma 2, del D.lgs n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità), essendo stato stabilito che per il diritto all'indennità di maternità (due mesi prima del parto) si prescinde "dall'effettiva astensione dall'attività lavorativa".

La suddetta disposizione riguarda - è bene rimarcarlo - le lavoratrici iscritte alla gestione separata INPS, ma non le libere professioniste, per le quali il suddetto D.lgs n. 151/2001 all'art. 71 prevede che l'indennità di maternità è corrisposta "indipendentemente dall'effettiva astensione dell'attività."

Viceversa, un qualche rilievo - sotto il profilo pratico - potrebbe avere quanto disposto dall'art. 14 sulla tutela della gravidanza, malattia ed infortunio, che si riferisce, però, ai la-

voratori autonomi “che prestano l'attività in via continuativa per il committente”.

Per costoro è previsto che la gravidanza, la malattia e l'infortunio non “comportano l'estinzione del rapporto di lavoro”, stabilendosi che, su richiesta del lavoratore, l'esecuzione della prestazione può rimanere sospesa per un periodo massimo di 150 giorni, senza diritto al compenso e “fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente”.

La norma in esame assomiglia, molto vagamente, a quanto previsto nel lavoro subordinato: tuttavia la tutela è, in sostanza, priva di effettivo valore in quanto la conservazione del rapporto è rimessa completamente alla volontà del committente e, comunque, durante la sospensione non vi è diritto ad alcun compenso.

Pure priva di qualunque rilevanza sul piano concreto è la prevista possibilità (art. 14, comma 2) per la lavoratrice autonoma di nominare sostituti “in caso di maternità”.

Anche la nomina dei sostituti è fattibile solo “previo consenso del committente”: nulla di nuovo, dunque, considerato che non vi è mai stato alcun impedimento, sinora, a che nei contratti di consulenza si prevedesse la possibilità per il professionista di nominare sostituti.

Accanto alle disposizioni di immediata applicazione la L. n. 81/2017 contiene norme ad applicazione differita, essendo stato delegato il Governo ad emanare, entro un anno, decreti legislativi: artt. 5, 6 e 11.

Con l'art. 5 il Governo viene delegato ad adottare decreti attuativi “in materia di atti pubblici rimessi alle professioni orga-

nizzate in ordini e collegi”.

È rimessa ai decreti legislativi “l'individuazione degli atti delle amministrazioni pubbliche che possono essere rimesse anche alle professioni organizzate in ordini e collegi in relazione al carattere di terzietà degli stessi”.

La delega affidata al Governo è massimamente generica.

A parte ciò, non è immaginabile come essa potrà essere tradotta in concreto. L'unico dato certo è che le professioni ordinarie verranno gravate di ulteriori, indefiniti compiti “al fine di semplificare l'attività delle amministrazioni pubbliche e di ridurne i tempi di produzione”.

L'art. 6 disciplina la delega al Governo per l'emanazione di decreti attuativi in materia di sicurezza e protezione sociale sia per i professionisti iscritti in Albi o Collegi sia per i lavoratori autonomi iscritti alla Gestione Separata (INPS).

Per quanto riguarda i professionisti, la novità è costituita dalla possibilità di attivazione, da parte degli enti di previdenza di diritto privato (per quanto riguarda gli avvocati, Cassa Forense), di “altre prestazioni sociali” (oltre a prestazioni complementari di tipo previdenziale e socio – sanitarie) “finanziate da apposita contribuzione” a favore di iscritti.

Con la norma in esame viene data la possibilità agli Enti di previdenza privati dei professionisti di “allargare” la prestazione sociale a favore di iscritti che si trovino in difficoltà economiche o che siano affetti da gravi patologie.

Si vedrà in che modo i decreti attuativi disciplineranno tali misure di protezione sociale.

L'unica certezza è che il tutto

dovrà avvenire “a costo zero” per la finanza pubblica (art. 6, comma 3).

L'art. 11 riguarda la “semplificazione della normativa sulla salute e sicurezza degli studi professionali”.

Viene attribuita delega al Governo di emanare, entro un anno, disposizioni atte a semplificare le procedure in materia, assai farraginose e, comunque, all'epoca pensate per realtà aziendali con caratteristiche molte diverse da quelle degli studi professionali.

Anche l'attuazione in detta delega dovrà essere “a costo zero”.

All'art. 10 della legge in commento si prevede l'apertura di uno sportello dedicato al lavoro autonomo presso “i centri per l'impiego e gli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro”.

Si tratta di una innovazione che avvicina il lavoro autonomo a quello subordinato per quanto concerne le domande e le offerte di lavoro e i servizi ad esse connessi, come specificato dal comma 3 dell'art. 10.

È prevista la possibilità di stipulare convenzioni “non onerose” con gli Ordini e i Collegi professionali e le Associazioni professionali.

È presumibile che la via per dare concretezza a detta disposizione sia quella delle convenzioni, tenuto conto che, anche con riguardo a detta innovativa disposizione, è previsto il “costo zero” per la finanza pubblica (art. 10, comma 5).

In conclusione, per quanto concerne le norme ad applicazione differita, l'unico dato certo è il “costo zero” per la finanza pubblica e l'intento, neppure troppo



mascherato, di scaricare sugli Ordini e Collegi nonché sulle Associazioni professionali i costi relativi all'attuazione di misure di carattere sociale, assistenziale ed istituzionale.

Un accenno, infine, all'art. 15, a mezzo del quale sono state apportate due modificazioni al codice di procedura civile.

La prima, prevista dalla lettera a) dell'art. 15, riguarda l'art. 409 c.p.c., ora contenente, in aggiunta, la definizione della collaborazione coordinata, che deve essere considerata tale quando *“il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”*.

Il legislatore del 2017 ha richiamato il concetto di autonomia (nell'organizzazione della prestazione lavorativa) ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, in ordine alla quale, come è noto, si dibatte in dottrina e in giurisprudenza da decenni.

Andando oltre le pur rilevanti questioni sul piano sistematico che tale modificazione suscita che non è possibile affrontare in questa sede - non è chiaro quale sia la novità, in termini di tutela del lavoro autonomo, nell'aggiunta all'art. 409 c.p.c.

Viceversa, la seconda modifica, prevista dalla lettera b) dell'art. 634, comma 2, c.p.c., allarga la tutela per il lavoratore autonomo, il quale potrà avvalersi, ai fini dell'ottenimento di un decreto ingiuntivo, degli estratti autentici delle scritture contabili, essendo a tal fine parificato agli imprenditori che esercitano un'attività commerciale.

Nella normativa sopra presa in esame non vi è alcun riferimento al trattamento economico del lavoratore autonomo.

La “dimenticanza” non è casuale, essendo stato da più parti, da tempo, posta in evidenza la necessità della previsione legislativa di un “equo compenso”, considerate le note condizioni in cui versano molti liberi professionisti - compresi gli avvocati - soprattutto giovani (ma non solo), sottoposti ad un indecoroso sfruttamento da parte dei “committenti forti”.

La mancata previsione dell'equo compenso è inaccettabile sotto ogni profilo, non essendo in dubbio che la tutela del lavoro, consacrata nella nostra Carta costituzionale, non riguarda solo il lavoro subordinato (art. 35).⁴

.....
4 Peraltro, il principio costituzionale della retribuzione sufficiente, di cui all'art. 36, non è applicabile, secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti, al lavoro autonomo o parasubordinato. Ma ciò non scalfisce la portata generale della tutela sancita dall'art. 35 Cost.

Inoltre, la misura del compenso del professionista è disciplinata dall'art. 2233 c.c., che dispone: *“In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione a cui il professionista appartiene”*

Anche alla luce di quest'ultima disposizione codicistica la lacuna della legge in commento sull'equo compenso deve essere al più presto colmata, com'è stato già da più parti sollecitato.

Il silenzio sull'equo compenso è in linea, purtroppo, con la modestia, sotto ogni profilo, caratterizzante la legge in commento, che offre ben poco, in termini di tutela, al lavoro autonomo in generale e, ancor meno, all'attività lavorativa dei liberi professionisti.

Luigi Angiello



Difficile non concordare sulle valutazioni critiche dianzi espresse circa la tecnica legislativa piuttosto sciatta (cui siamo – ahì noi! – da tempo ormai abituati) e la portata non certo epocale delle novità introdotte a tutela del lavoro autonomo e dunque anche degli esercenti le professioni intellettuali, tra cui va annoverata quella forense.

In particolare è sicuramente grave aver messo mano alle più sopra ricordate tutele trascurando il fondamentale aspetto dell'“equo compenso”, vulnus forse non casuale, giova ribadirlo, se si ricollega tale evidente lacuna all'abolizione dei minimi tariffari prima (con il c.d. decreto “Bersani” del 2006) e delle tariffe professionali poi, frutto di una visione mercatista della professione, strabica e fuorviante e di un concetto di concorrenza, ispirato dall'Autorità Antitrust mediante il richiamo strumentale alle norme comunitarie in materia, mirante all'obiettivo dei prezzi al ribasso anziché ancorato alla qualità della prestazione intellettuale, che richiede il rafforzamento della formazione e l'aggiornamento costante e dunque studio e impegno continui.

Ma, a prescindere da tale carenza, vi sono almeno due aspetti della nuova normativa in parola che possono considerarsi positivi.

L'uno attiene all'acquisita consapevolezza da parte del legislatore, nel contesto di un periodo di indubbe difficoltà economico-sociali in cui versano le professioni, che anche il lavoratore autonomo può effettivamente essere nell'esercizio della sua attività un contraente “debole”, con particolare riferimento ai giovani che si affacciano al mondo del lavoro, e da qui la logica sottesa alla nuova normativa di voler rafforzare la sua tutela nei confronti della committenza, soprattutto avuto riguardo ai soggetti contrattualmente “forti” (si pensi ai settori del credito, assicurativo, della P.A.). L'altro aspetto, più tecnico (art. 5 L. 81/2017), è la delega al Governo per l'individuazione di una serie di atti della pubblica amministrazione da rimettersi, ai fini di semplificazione e razionalizzazione, ai professionisti organizzati

in Ordini e Collegi.

E' pur vero che la norma pecca di eccessiva genericità e che le professioni ordinarie potranno in tal modo essere “*gravate di ulteriori, indefiniti compiti*”, come è stato dianzi osservato.

E' tuttavia anche vero, per contro, che con tale previsione si allarga il perimetro delle funzioni c.d. “sussidiarie” attribuite (attribuibili) al sistema ordinistico nel suo complesso, il ché implica, per l'Avvocatura, il riconoscimento (o meglio il rafforzamento) della sua funzione di rilievo sociale.

Occorre invero considerare che il sistema ordinistico ha una matrice originariamente di tipo corporativo, rivolta cioè alla tutela ed all'autoregolazione dei propri iscritti.

Il percorso virtuoso di evoluzione e di trasformazione, che si è innescato nel contesto socio-culturale via via mutato nel corso del tempo, per quanto concerne l'Avvocatura, anche alla luce del rango costituzionale dell'esercizio della professione forense finalizzato alla tutela dei diritti, è culminato con il riconoscimento della sua specificità e peculiarità cui è ispirata la L. 31/12/2012 n. 247, che porta in sé il principio della funzione sociale di garanzia del corretto esercizio della giurisdizione a tutela non solo e non tanto degli appartenenti all'Ordine professionale, quanto piuttosto della collettività. Una funzione dunque più alta, che ha trovato sbocchi anche in sede di ADR con attribuzione agli avvocati, appunto inquadri nel sistema ordinistico delle professioni facenti parte dell'area vasta del lavoro autonomo, di poteri certificatori con valenza pubblicistica e che potrà quindi avere ulteriori sviluppi in base alla nuova normativa.

Sarà poi l'Avvocatura, per quanto le compete(rà) nell'ambito del sistema ordinistico, a dover dimostrare di essere matura e meritare tale ruolo.

Ugo Salvini

Cass. 11504/2017: l'assegno divorzile

E' passato solo un mese e il n. 11504 sta diventando un numero di riferimento in molti Tribunali. La sentenza del 10 maggio, con cui la Cassazione ha stabilito che il criterio per ottenere un assegno di divorzio non è piu' il tenore di vita precedente, ma la semplice sopravvivenza, pare, infatti, aver scatenato un'infinita discussione sulle motivazioni che hanno condotto a tale decisione.

La prima sezione della Cassazione ha deciso di abbandonare per il divorzio il riferimento al pregresso tenore di vita quale parametro finalizzato all'attribuzione dell'assegno, agganciando il diritto del coniuge richiedente al parametro dell'indipendenza economica (Cass. civ. Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504).

Con una sentenza di poco successiva la stessa prima sezione, confermando invece l'impostazione precedente, ribadisce che il riferimento al pregresso tenore di vita continua a valere per l'assegno di separazione (Cass. civ. Sez. I, 16 maggio 2017, n. 12196).

E' opportuno fare alcuni cenni storici relativamente all'assegno di divorzio

L'art. 5, comma 6, della legge 1 dicembre 1970 n. 898 sul divorzio, nel testo modificato dalla legge 6 marzo 1987 n. 74, prevede che: *“con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio il Tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di en-*

trambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non puo' procurarseli per ragioni oggettive”.

Ne consegue che il presupposto legale per l'attribuzione sia dell'assegno di separazione che di quello di divorzio è oggi identico e consiste nel non aver mezzi/red-diti adeguati.

Il legislatore quindi ritiene che ci sia una continuità tra la vita coniugale e la vita post coniugale che poggia su legami di assistenza e di solidarietà reciproca volti alla formazione di una famiglia e alla vita nella famiglia e che permangono anche oltre la crisi dei rapporti interpersonali.

Al fine di dare un'interpretazione ai così detti “mezzi adeguati” la giurisprudenza si è pronunciata con varie sentenze, portando sostanzialmente a due orientamenti prevalenti.

Il primo (Cass. civ. Sez. I, 17.3.1989, n. 1322), che aveva ritenuto, sulla base del nuovo dato normativo, che l'obbligo di un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno in tanto sorge in quanto il coniuge, preteso beneficiario, sia privo di mezzi adeguati o non possa procurarseli per ragioni oggettive.

Un'interpretazione invece radicalmente diversa è stata data dalla Cass. civ. Sez. I, 2.3.1990, n. 1652, sostenendo che, nel giudizio per attribuzione dell'assegno di divorzio, la valutazione

relativa all'adeguatezza dei mezzi economici di cui dispone il richiedente, deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso.

In questo contrasto si inserisce la sentenza delle Sezioni Unite (Cass. Civ. Sez. Unite 29.11.1990, n. 11490), precisando che l'assegno periodico di divorzio ha un carattere esclusivamente assistenziale in quanto ha come presupposto inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, intendendo per inadeguatezza l'insufficienza dei redditi, dei cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre e che gli diano la possibilità di conservare un tenore di vita analogo a quello avuto durante il matrimonio.

Per tale motivo dal 1990 ad oggi è prevalso un orientamento che rapporta il giudizio di adeguatezza dei redditi al pregresso tenore di vita della vita coniugale.

Infine due anni fa la Corte Costituzionale, con sentenza n. 11 dell' 11 febbraio 2015, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze in relazione alla norma di cui all'art. 5 della legge sul divorzio, in tema di riconoscimento di assegno divorzile, ritenuto in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione per “eccesso di solidarietà” (in quanto, imponendo un obbligo di far mantenere le stesse condizioni godute nel matrimonio al coniuge debole, avrebbe finito con l'attribuire una garanzia per la vita), nonché per “contraddizione logi-



ca” fra lo scopo del divorzio, che è quello di far cessare il matrimonio e i suoi effetti, e quello della previsione del mantenimento che, riconducendo l’assegno divorzile al tenore di vita in costanza di matrimonio, avrebbe spinto detti effetti molto oltre il rapporto patrimoniale, risultando pertanto non solo anacronistico ma anche irragionevole in relazione all’evoluzione sociale della famiglia, del ruolo dei coniugi e dell’incidenza del divorzio.

La Corte Costituzionale aveva ritenuto non fondata la questione di legittimità indicando la corretta interpretazione della disposizione normativa rinvenuta nell’orientamento della Corte di legittimità che da tempo considerava “il tenore di vita tenuto in costanza di coniugio” come parametro rettammente utilizzabile come prima verifica - *an debeatur* - cui necessariamente procedere, ma non da ritenersi quale unico elemento ai fini della statuizione sull’assegno. Detto parametro rileva per determinare “in astratto ... il tetto massimo della misura dell’assegno”, ma in concreto concorre e deve essere successivamente bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri richiamati dall’art. 5.

Contraddizione dei diversi criteri

L’orientamento recente, espresso dalla prima sezione della Cassazione, con le due sentenze richiamate (11504/2017 e 12196/2017) è contraddittorio perché fa leva su una distinzione tipica del nostro Paese (tra separazione e divorzio) che non può assumere alcuna funzione distintiva tra criteri di attribuzione dell’assegno di mantenimento. La distinzione tra criteri di attribuzione (*an*) e criteri di quantificazione (*quantum*) dell’assegno divorzile si fonda sulla legge n.

898 /1970 riformata nel 1987 in simmetria a quanto disposto in sede di separazione ed è stata fino ad oggi la soluzione ragionevole che i giudici hanno utilizzato anche a tutela della donna, solitamente parte debole nella vita matrimoniale. Questi criteri però sarebbero destinati a scomparire del tutto, e con essi ogni aspetto compensativo ed essi riferibile, ove, con il nuovo orientamento, il giudice decidesse che il coniuge è autosufficiente economicamente.

Le fattispecie cui si riferiscono le sopra richiamate pronunce sono totalmente aliene rispetto alla comune problematica di come individuare in concreto il livello ordinario d’indipendenza od autosufficienza economica che le varie sedi di merito non potranno individuare come un *tot* economico uguale per tutti.

A tal proposito recentemente il Giudice dott. Buffone del Tribunale di Milano, nell’ambito di una causa di divorzio ancora in discussione, ha emesso un’ordinanza (22/05/2017), per sua natura provvisoria, che propone un’idea di parametro: il minimo potrebbe essere lo stesso al di sotto del quale un individuo alle prese con la giustizia ha diritto al gratuito patrocinio dallo Stato, cioè mille euro al mese. Ma “un altro parametro potrebbe essere - scrive - il reddito medio percepito nella zona in cui egli vive”: perché il necessario per vivere non è ovviamente lo stesso in tutte le zone d’Italia “.

Conclusione assimilabile è stata espressa anche dal Tribunale di Mantova (sent. 26/05/2017) che ha dichiarato l’insussistenza del diritto all’assegno divorzile da parte della coniuge insegnante con uno stipendio di Euro 1.450,00 mensili, pur in presenza di un rilevante divario rispetto al

coniuge imprenditore.

Il criterio dell’indipendenza economica, quale criterio di attribuzione per l’assegno, non è infatti in grado di offrire in sede divorzile la possibilità di recupero della dimensione compensativa dell’assegno.

Necessario in primo luogo è individuare quale possa essere in concreto il livello economico che possa garantire la conduzione di una vita libera e dignitosa, ma anche il contributo fornito alla famiglia dai suoi componenti.

Corre certamente un abisso tra il caso di un rapporto matrimoniale di lunga durata con prole, caratterizzato da totale dedizione alla famiglia da parte del coniuge svantaggiato e che subisce l’iniziativa divorzile, rispetto ad un matrimonio di breve durata, magari senza prole e privo di particolari emergenze e/o contribuzioni.

Prospettive future

Da quanto sopra esposto se ne deduce che separazione e divorzio sono aspetti giuridici della stessa crisi della vita matrimoniale e che possono e devono essere trattati con un criterio identico. Non annullano l’importanza delle relazioni, ma ne richiedono il superamento.

I criteri di attribuzione ed i criteri di quantificazione fino ad oggi fondati sul testo normativo della L. 898/70 come riformata nel 1987 alla luce del nuovo orientamento sono destinati a scomparire del tutto nell’eventualità che il giudice decidesse che il coniuge è autosufficiente economicamente. Giudizio in cui non sarebbero più recuperabili gli aspetti compensativi di cui ai parametri indicati al 6° comma dell’art. 5 della legge.

Non valorizzare il comma richiamato significa rifuggire dalla





strada indicata dal legislatore che impone al giudice di procedere all'applicazione ponderata al singolo specifico caso dei parametri in esso enumerati.

E' evidente che la soluzione normativa a questo punto non deve arrivare dalla Cassazione, ma dal legislatore, un legislatore da troppo tempo latitante nella presente materia.

Ci si chiede pertanto quale soluzione prospettare per l'attribuzione dell'assegno post-matrimoniale.

Una tesi che riteniamo di condividere è quella prospettata dell'avv. Gianfranco Dosi, Presidente onorario dell'Osservatorio Nazionale, il quale sostiene che il meccanismo che meglio si presta è il modello francese della "prestation compensatorie".

In questo meccanismo, il presupposto per l'attribuzione dell'assegno non è l'inadeguatezza dei redditi di una parte, ma solo presupposto della "eventuale disparità di reddito tra le parti".

E' la disparità di reddito che conta e niente altro, secondo l'avv. Dosi. Se vi è disparità di redditi, il giudice è chiamato ad una operazione di riequilibrio tenendo in considerazione i criteri oggi utilizzati come criteri di quantificazione e, soprattutto, la durata del matrimonio .

La *prestation compensatorie* serve a "compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives" ed è prevista nel codice nelle forme della corresponsione di un capitale in un'unica soluzione o trasformato in un assegno periodico per un tempo massimo di 8 anni. E' determinata sulla base dei bisogni di chi la richiede e delle risorse dell'altro, tenuto conto della situazione del momento del

divorzio di entrambi i coniugi e sulla base di criteri sostanzialmente analoghi a quelli di quantificazione previsti dalla nostra legge sul divorzio.

(a cura dell'Osservatorio sul diritto di famiglia, sezione di Parma)

L'Osservatorio Nazionale sul diritto di famiglia è un'associazione di avvocati di famiglia accreditata presso il Consiglio Nazionale Forense tra le associazioni forensi nazionali più rappresentative. E' strutturata in 70 sezioni territoriali (coincidenti con altrettanti sedi di Tribunali) e conta oltre 1600 associati.

Ha come obiettivi la ricerca e lo studio dell'evoluzione e delle tendenze del diritto di famiglia, nonché la promozione d'iniziative di studio, confronto e aggiornamento professionale.

Ha un proprio statuto, una rivista quadrimestrale (Avvocati di famiglia), una newsletter settimanale, un proprio programma formativo, un Comitato direttivo e un coordinamento nazionale del quale fanno parte tutti i presidenti delle Sezioni territoriali.

Riunisce i propri associati in periodici incontri formativi territoriali e in un Forum Nazionale annuale .



Allego il mio commento alla sentenza n. 11504/2017 della Corte di Cassazione, oltre ai commenti già pubblicati sui giornali ed alle trasmissioni televisive (Porta a Porta – Otto e Mezzo).

Cari saluti

IDA FAVERO¹

Va preliminarmente detto che la sentenza de quo si rivolge prevalentemente alle vecchie coppie ed alle persone ricche.

Infatti le nuove coppie generalmente rifuggono dal matrimonio e sono benestanti, poiché l'alto tenore di vita è una caratteristica di queste.

La Corte di Cassazione non ha escluso il diritto del coniuge più debole a fruire di un assegno di divorzio perché l'art. 5 "legge 6.3.1987 n. 74 è tuttora in vigore

La Cassazione si è limitata ad anticipare le ultime tre righe del comma VI dell'art. 5, ponendole "come condizione (an) per l'applicabilità delle altre previsioni; quantum: tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, valutati tutti i suddetti elementi in rapporto alla durata del matrimonio.

I nostri Tribunali, da anni applicavano limitatamente il criterio del tenore di vita, tanto è vero che la sentenza de quo, è stata preceduta da ben quattro pronunce tra le parti, tutte uniformi, che negavano il tenore di vita (verbale presidenziale; Corte di Appello in sede di reclamo ex art. 708 "c.p.c.; Tribunale Civile

1 qualsiasi mutamento di giurisprudenza ha (almeno) per innesco un avvocato che, per convinzione o talora per ... disperazione propone interpretazioni innovative.

La redazione di CRONACHE ha il piacere di presentare il punto di vista dell'avv. Ida Favero, il difensore co-protagonista dell'evoluzione sull'assegno divorzile.

in sede di divorzio; Corte di Appello in sede di appello della sentenza di divorzio).

La novità della sentenza, sta nella dettagliata elencazione dei principali indici per accertare l'an debeat e cioè:

- 1) il possesso di redditi di qualsiasi specie;
- 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari;
- 3) le capacità e le effettive possibilità di lavoro personale;
- 4) la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

E' evidente che si tratta di indici che devono essere dimostrati da chi richiede l'assegno di divorzio, e che aiutano a costituire la prova della non indipendenza economica dell'ex coniuge che fa valere il diritto all'assegno di divorzio.

Inoltre la sentenza 11504/2017, a mio giudizio, è frutto dell'evoluzione sociale per la quale entrambi i coniugi hanno generalmente un lavoro autonomo e autonoma vita di relazione, senza contare che il tenore di vita fotografato dal Giudice in pendenza di divorzio è continuamente mutevole perché subordinato al nuovo tipo di vita (cambiamenti di lavoro, sopravvenienza di figli, ecc).

La cosa più importante è però, a mio giudizio, il riconoscimento della pari dignità dei coniugi che, passando dalla vita di coppia alla vita da single, sono stimolati ad avere autonoma responsabilità economica.

Inoltre la sentenza rivaluta la dignità (prevalentemente della donna), che non deve chiedere all'ex coniuge un tenore di vita che non le appartiene e che è definitivamente cessato con la pronuncia del divorzio.

Si tende infatti, nelle mentalità comuni, ad equiparare separazione e divorzio, limitandosi a ritenere che la differenza che tra i due istituti sia

solo la possibilità di poter risposarsi. Invece la sentenza ha bene precisato che la separazione personale lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali di cui all'art. 143 c.c. e segg., mentre nel divorzio il rapporto matrimoniale è ormai estinto anche sul piano economico, avendo il legislatore informato la disciplina dell'assegno di divorzio al principio di autoresponsabilità economica degli ex coniugi dopo la pronuncia del divorzio.

A questo punto mi sembra che si debba risalire alle motivazioni storiche del divorzio italiano e alla sua evoluzione nel tempo, nonché all'incidenza del matrimonio concordatario.

Il divorzio contestato all'inizio è stato introdotto nel 1971, ed è stato il primo tentativo di trasformare il matrimonio indissolubile in matrimonio solubile, almeno sul piano civile. Ciò anche per l'opposizione di molti al divorzio e per la loro ricerca successiva di tornare al "matrimonio indissolubile, mediante il referendum. E così, per temperare i differenti orientamenti, dapprima occorrevano cinque anni tra la separazione e il divorzio; successivamente (1987) il tempo da far trascorrere tra matrimonio e divorzio fu ridotto a tre anni; poi nel 2015 fu accorciato ad un anno o sei mesi in caso di separazione consensuale, escludendo la separazione per i matrimoni omosessuali di recentissima istituzione e non soggetti alla mentalità comune.

La sentenza apre la strada, a mio avviso, all'esclusione della separazione, per addivenire in una sola volta al divorzio, anche per evitare agli utenti due cause differenti a brevissimo tempo una dall'altra.

Ovvio che, sempre a mio giudizio, la sentenza 11504/2017 imporrebbe una sostanziale revisione di tutta la materia, allo stato imperfetta.

Variazioni

dott.ssa RAFFAELLA SANTORO: Parma, via Toschi 15, tel. 0521/228185, telefax 0521/221143, invariati gli altri recapiti;

avv. UBALDO ARDUINI: e-mail avvubaldoarduini@studiolegalearduini.com;

avv. VITINA GUARINI: Parma, strada al Collegio dei Nobili 5, tel. e telefax 0521/385543, invariati gli altri recapiti;

dott.ssa KARIMA TASSA: Parma, borgo Giacomo Tommasini 18, tel. 0521/1851805, telefax 0521/1705208, invariati gli altri recapiti;

avv. MARIA CRISTINA ALFIERI: e-mail avv.mcalferi@gmail.com;

avv. MICHELANGELO LANZI: tel. 0521/577210, telefax 0521/960402, posta elettronica certificata avv.lanzi@pec.giuffre.it;

avv. GIOVANNA PELLEGRINI: Parma, borgo Riccio da Parma 29, invariati gli altri recapiti;

dott.ssa MARTA VEZZOSI: Parma, via Emilio Casa 5;

dott. FILIPPO MATTIOLI: Parma, via A. Catalani 15, telefax 0521/1770702, cell. 347/8403101, invariati gli altri recapiti;

dott. DAVIDE CATTABIANI: Sorbolo, via Bologna 3, cell. 348/7852452, invariati gli altri recapiti;

avv. PAOLO MAINI: Parma, via XXII luglio 1, invariati gli altri recapiti;

avv. LUCA GHIRARDI: tel. 0521/185333;

avv. LUCIANO DEL RIO: posta elettronica certificata avv.lucianodelrio@pec.it;

avv. ANDREA MERLI: cell. 3279593761;

avv. GIUSEPPE DELLISANTI: Parma, via Faustino Tanara 13, tel. e telefax 0521/245205;

avv. MATTIA BELLÌ: e-mail mattia.belli@studiopirola.com;

avv. MONICA CALLAI: Parma, piazzale Santa Fiora 7, telefax 0521/204518, invariati gli altri recapiti;

avv. MARCO ZANLARI: posta elettronica certificata studiolegalezanlari@pec.giuffre.it;

avv. FERDINANDO PICCININI: posta elettronica certificata ferdinando.piccinni@pec.giuffre.it;

avv. GIUSEPPE ROSAFIO: Parma, strada Repubblica 5, e-mail gius.rosafio@gmail.com, invariati gli altri recapiti;

avv. CECILIA NEVI: posta elettronica certificata avv.nevi@pec.giuffre.it;

avv. SABRINA M. SPAGNOLI: Parma, viale Toschi 4, tel. 0521/1810666, telefax 0521/1798029, invariati gli altri recapiti;

avv. STEFANIA PICCININI: CELL.

339/4910475, telefax 0521/232820
dismesso;

avv. ALICE CURCIO: Parma, viale Toschi 4, tel. 0521/1810666, telefax 0521/1798029, cell. 348/3024701, invariati gli altri recapiti;

avv. ELENA ALFIERI: tel. 0521/206351;

avv. SIMONA CARUSO: e-mail si.caruso@libero.it;

avv. GESUINA FENUDEI: e-mail avvocatofenudei@gmail.com;

avv. MICHELE DE LUCA: posta elettronica certificata avv.micheledeluca@pec.giuffre.it;

avv. FILIPPO MANFREDI: tel. e telefax 0521/483107;

studio associato: avvocati MAGGIORELLI CARLO MARIA E PAOLO cessato;

avv. SERGIO CHIARI: tel. 0521/1961331, telefax 0521/1961330, e-mail s.chiari@studiolegalechiari.org;

avv. CHIARA LAEZZA: tel. 0521/1961331, telefax 0521/1961330, e-mail avv.chiara.laezza@gmail.com, posta elettronica certificata avv.chiara.laezza@legalmail.it;

avv. PIER FRANCESCO FERRARI: e-mail avv.pf_ferrari@libero.it;

avv. FRANCESCA PIZZIGONI: secondo studio, Parma, piazzale della Macina 3, tel. 0521/234505, telefax 0521/1622142, e-mail f.pizzigoni77@gmail.com;

avv. GABRIELE SANSONI: Parma, piazzale Boito 1, tel. e telefax 0521/229765, invariati gli altri recapiti;

avv. FRANCESCO PEDERZANI: telefax 0521/1759222;

avv. PIETRO MARTELLO: Parma, via Carducci 3, tel. e telefax 0521/712011, cell. 333/2042676, e-mail pietromartello@hotmail.it;

avv. MICHELANGELO LANZI: tel. 0521/577210, telefax 0521/960402, e-mail avv.mlanzi@gmail.com, posta elettronica certificata avv.lanzi@pec.giuffre.it;

avv. CANDICE AMANDA BELL: casella UNEP n. 381;

avv. EMANUELA CARRETTA: casella UNEP n. 381;

avv. STEFANO FRESCHI (22-3-1973): casella UNEP n. 381;

avv. MATILDE ROGATO: casella UNEP n. 381;

avv. GIOVANNA PELLEGRINI: casella UNEP n. 381;

avv. ANTONIO BODRIA: casella UNEP n. 382;

ATTIVITA' DEL CONSIGLIO

Dal 27 aprile 2017 all'11 luglio 2017 il Consiglio si è riunito 12 volte.

Elenco delle presenze dei Consiglieri alle adunanze:

avv. Ugo Salvini	n. 12
avv. Elisa Gandini	n. 9
avv. Enrico Maggiorelli	n. 12
avv. Simona Brianti	n. 10
avv. Giuseppe Bruno	n. 12
avv. Vittorio Cagna	n. 11
avv. Francesco Giuseppe Coruzzi	n. 11
avv. Paola De Angelis	n. 8
avv. Matteo de Sensi	n. 11
avv. Daniela Francalanci	n. 11
avv. Matteo Martelli	n. 8
avv. Alessandra Mezzadri	n. 9
avv. Alberto Montanarini	n. 9
avv. prof. Lucia Silvagna	n. 6
avv. Marcello Ziveri	n. 8

OPINAMENTO PARCELLE

Dal 27 aprile 2017 all'11 luglio 2017 l'apposita commissione consiliare (ovvero il Consiglio) ha opinato n. 3 parcelle e ha espresso n. 48 pareri di congruità.

ESPOSTI

Dal registro dei reclami nei confronti degli iscritti dal 27 aprile 2017 all'11 luglio 2017: Pervenuti n. 10 (tutti trasmessi al CDD di Bologna).

RICHIESTE DI AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Dal 27 aprile 2017 all'11 luglio 2017: istanze pervenute n. 108 di cui:
ammesse n. 101;
in sospeso n. 7.

COMUNICAZIONI

Attività formative promosse dall'Ordine:

Gestore della Crisi

e Delegato alle Vendite Immobiliari

Tra le attività formative patrocinate dall'Ordine si segnalano il Corso di Formazione per Gestore della Crisi da Sovraindebitamento e quello per Custode Giudiziario e Delegato alle Vendite Immobiliari, entrambi attivati in convenzione con il Dipartimento di Giurisprudenza, Studi politici e internazionali dell'Università di Parma.

Il primo, svoltosi tra febbraio e maggio 2017, ha visto la partecipazione di più di cento avvocati del Foro, ora abilitati, ai sensi del d.m. 24 settembre 2014, n. 202, a svolgere le funzioni di gestore della crisi nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento regolate dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Strettamente correlata a tale attività formativa, è l'istituzione, da parte dell'Ordine, del proprio Organismo di Composizione della Crisi da Sovraindebitamento, al quale potranno iscriversi, in veste di gestori della crisi, gli avvocati che abbiano conseguito l'abilitazione all'esito del Corso. Si segnala sin d'ora, peraltro, che la seconda edizione del Corso è in partenza nel mese di ottobre 2017.

Il Corso di Formazione per Custode Giudiziario e Delegato alle Vendite Immobiliari prenderà avvio in ottobre 2017 e si propone di far acquisire agli avvocati le competenze idonee allo svolgimento dell'incarico di custode giudiziario, nonché i requisiti necessari all'iscrizione nell'elenco dei professionisti che provvedono alle operazioni di vendita di cui all'art. 179-ter disp. att. c.p.c., al fine di poter assumere l'incarico di delegato alle vendite immobiliari ex art. 591-bis c.p.c.

AGGIORNAMENTO ALBI

ISCRIZIONI

EDOARDO ACQUISTAPACE (delibera 2.5.17)

FEDERICA ANDRULLI (delibera 9.5.2017)

ALESSANDRA ZONGOLLI per trasferimento dall'Ordine di Siena (delibera 23.5.2017, decorrenza 10.1.2011)

MARTINA ABRIGNANI (delibera 20.6.2017)

ELIANA SAMMARTANO per trasferimento dall'Ordine di Gela (delibera 4.7.2017, decorrenza 24.9.2012)

CANCELLAZIONI

SERGIO VENTURA (delibera 2.5.2017)

RICCARDO RIZZARDI (delibera 16.5.2017)

GASPARE CARUSO (delibera 16.5.2017)

PAOLA ROMANO per trasferimento all'Ordine di Ragusa, (data delibera 23.5.2017, data decorrenza 3.5.2017)

CLAUDIA ANNA RITA QUINTO per trasferimento all'Ordine di Milano, (data delibera 6.6.2017, data decorrenza 25.5.2017)

GASTONE COSTA (delibera 13.6.2017)

BARBARA LOBALSAMO dall'albo Speciale degli avvocati addetti agli Uffici Legali (delibera 13.6.2017)

ANDREA BONATI, per decesso (data delibera 20.6.2017, data decorrenza 18.6.2017)

ELENA GIUSEPPA MARTINA (delibera 11.7.2017)

SOSPENSIONI VOLONTARIE ex art. 20 c. 2 l. 247/2012:

DANIELA RAELI (delibera 13.6.2017)

Alla data dell'11 luglio 2017 gli iscritti all'albo erano milleduecentocinquantadue

PRATICANTI AVVOCATI

Iscritti n. 11

Cancellati n. 11

PATROCINATORI LEGALI

Iscritti n. 2

Cancellati n. 3

LE POLIZZE OBBLIGATORIE

Esclusione delle clausole limitative alla garanzia assicurativa

La tanto attesa regolamentazione della polizza professionale per gli avvocati, obbligatoria ai sensi della L.247/2012, è stata disciplinata con il decreto del Ministro della Giustizia del 22 settembre 2016.

Il legislatore, diversamente dalle altre professioni ordinistiche, ha per la prima volta previsto dettagliatamente garanzie inderogabili che devono essere recepite obbligatoriamente dalle polizze assicurative, pena la non conformità delle stesse.

Prima di esaminarle è opportuno effettuare una ricognizione delle problematiche tipiche della libera professione e della professione di avvocato.

La problematica più grande, per i liberi professionisti, consiste nella possibilità che la richiesta di risarcimento un danno, dallo stesso provocato, avvenga a distanza di tempo dalla prestazione professionale, perché spesso il danno può non emergere contestualmente all'errore professionale.

Ovvero l'errore professionale si concretizza in un'azione/omissione che può materializzarsi solo anni ed anni dopo.

Solo al momento della conoscenza del danno provocato, o presunto tale, il professionista subirà la richiesta risarcitoria dal proprio assistito e contestualmente potrà attivare la richiesta di manleva al proprio assicuratore.

Rispetto all'atto professionale errato, la responsabilità professionale – contrattuale – si prescrive in dieci anni; conseguentemente un avvocato è potenzialmente esposto ad una richiesta di danni anche per prestazioni svolte molti anni prima.

Le garanzie assicurative esistenti sul mercato assicurativo, al momento della promulgazione del DM, hanno i contenuti più disparati, a partire da quelle più limitative che prevedono l'operatività della garanzia prestata solo nel caso in cui sia il *fatto lesivo* sia la *richiesta* d'indennizzo (c.d. *claim*) avvengano nel corso della vigenza temporale della polizza.

A chiarire l'operatività della clausola *claims made* (letteralmente “a richiesta fatta”) è intervenuta recentemente anche la Suprema corte (Cass. Sez. Unite nr. 9140/2016), introducendo la distinzione tra clausole *claims made pure ed impure*”.

Clausole “pure” sono quelle che prevedono una copertura retroattiva senza “buchi di copertura” per l'attività professionale svolta dall'avvocato, pertanto tutte quelle clausole che prevedono una copertura retroattiva della garanzia in forma illimitata o dall'inizio dello svolgimento della professione, così da manlevare l'assicurato da tutte le richieste risarcitorie ricevute durante la vigenza del contratto, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.

Clausole “impure” sono definite quelle che limitano l'operatività della copertura assicurativa per un periodo di retroattività definito (ad esempio, due anni antecedenti la vigenza del contratto assicurativo) e tali da non coprire tutta l'attività professionale precedentemente svolta per il quale, così, l'avvocato rimane “scoperto”, con rischio a proprio carico.

Quali sono gli effetti “collaterali” di una *claims made* impura, cioè con una retroattività limitata nel tempo (ipotizziamo nell'esempio successivo cinque anni)? Si potrebbe verificare il caso di un contraente che stipuli la sua prima polizza professionale con l'assicuratore X, dopo qualche anno decida di cambiare e rivolgersi all'assicuratore Y e, dopo ancora qualche anno, all'assicuratore Z. Se quando era assicurato con X si era verificato un fatto illecito di cui egli prendeva coscienza a seguito di richiesta danni ricevuta (*claim made*) solo quando era assicurato con Z (esempio 7 anni dopo), egli sarebbe privo di copertura assicurativa (benché nei 7 anni precedenti fosse sempre stato regolarmente assicurato) in quanto il FATTO illecito che ha generato la richiesta danni si era verificato in un periodo antecedente la data di retroattività stabilita in polizza (nell'esempio 5 anni).

Per contro con la clausola *claims made* pura, o a retroattività illimitata,

ciò non accade, in quanto l'assicuratore in corso al momento del ricevimento della richiesta danni si carica l'onere di manlevare l'avvocato per tutta la sua attività precedentemente svolta sin dalla sua iscrizione all'albo professionale.

In ogni caso va sempre posta particolare attenzione alle “circostanze preesistenti” ossia a quelle situazioni note all'assicurato che potrebbero generare una futura richiesta di risarcimento danni da parte di terzi (clienti inclusi). Alcune polizze per garantire nei successivi rinnovi la continuità di copertura relativamente alle circostanze preesistenti prevedono una clausola c.d. “*continuous cover*” che pur garantendo la validità della garanzia applica uno scoperto e una franchigia diversa da quella pattuita nel contratto e più gravosa nei confronti del professionista assicurato (di norma il mercato assicurativo applica uno scoperto in forma percentuale sul danno pari al 20%)

Sempre secondo la Suprema Corte essendo in gioco i rapporti anche tra professionista e Terzo oltre che tra il professionista e l'ente assicurativo, ed essendo la stipula della polizza tesa a garantire proprio il terzo, qualora il patrimonio (del professionista) non fosse sufficientemente capiente rispetto alla richiesta risarcitoria, la polizza avrebbe dovuto garantire quest'ultimo anche in caso di “buchi” di copertura.

Continua la sentenza stabilendo che “*di tanto si dovrà necessariamente tenersi conto nelle “convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli Enti previdenziali dei professionisti” al momento della stipula di convenzioni, nonché in sede di redazione del decreto presidenziale chiamato a stabilire, le procedure ed i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei relativi contratti*”

In questa scia è stato presentato D.M. pubblicato il 22 settembre 2016, recante le condizioni essenziali ed i massimali minimi delle polizze assicurative per la responsabilità civile ed assicurazione contro gli infortuni degli

avvocati ai sensi della L.n.2467/12

All'articolo 1 vi è l'indicazione dell'«*Oggetto dell' assicurazione a copertura della responsabilità civile professionale*»

Art. 1 Oggetto dell'assicurazione a copertura della responsabilità civile professionale

1. L'assicurazione deve prevedere la copertura della responsabilità civile dell'avvocato per tutti i danni che dovesse colposamente causare a terzi nello svolgimento dell'attività professionale.
2. L'assicurazione deve coprire la responsabilità per qualsiasi tipo di danno: patrimoniale, non patrimoniale, indiretto, permanente, temporaneo, futuro.
3. L'assicurazione deve coprire la responsabilità dell'avvocato anche per colpa grave.
4. L'assicurazione deve coprire la responsabilità per i pregiudizi causati, oltre ai clienti, anche a terzi.
5. Non potranno essere considerati terzi i collaboratori ed i familiari dell'assicurato.
6. Ai fini della determinazione del rischio assicurato, per «attività professionale» deve intendersi:
 - a) l'attività di rappresentanza e difesa dinanzi all'autorità giudiziaria o ad arbitri, tanto rituali quanto ir-rituali;
 - b) gli atti ad essa preordinati, connessi o consequenziali, come ad esempio l'iscrizione a ruolo della causa o l'esecuzione di notificazioni;
 - c) la consulenza od assistenza stragiudiziali;
 - d) la redazione di pareri o contratti;
 - e) l'assistenza del cliente nello svolgimento delle attività di mediazioni, di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ovvero di negoziazione assistita di cui al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132.
7. E' facoltà delle parti pattuire l'estensione della copertura assicurativa ad ogni altra attività a cui svolgimento l'avvocato sia comunque abilitato.
8. L'assicurazione deve prevedere, altresì la copertura della responsabilità civile derivante da fatti colposi o dolosi di collaboratori, praticanti, dipendenti, sostituti processuali.
9. La copertura assicurativa si estende alla responsabilità per danni derivanti dalla custodia di documenti, somme di denaro, ti-

toli e valori ricevuti in deposito dai clienti o dalle controparti processuali di questi ultimi.

10. In caso di responsabilità solidale dell'avvocato con altri soggetti, assicurati e non, l'assicurazione deve prevedere la copertura della responsabilità dell'avvocato per l'intero, salvo il diritto di regresso nei confronti dei condebitori solidali.

L'articolo in esame prevede pertanto la copertura assicurativa non solo nella fase strettamente processuale, ma anche in quelle preliminari come, ad esempio, le **notifiche** (ovviamente anche telematiche, attività che, spesso, nasconde numerose insidie e che non poche volte è stata fonte di responsabilità per il professionista), anche la fase di **consulenza stragiudiziale** e perfino il **ritardo** nell'avvio del giudizio che possa implicare la perdita del diritto del cliente, come nel caso di prescrizione. Quest'ultima garanzia è di estremo interesse per la categoria che può, incolpevolmente incorrere in un ritardo "fatale" si pensi ad esempio ad un recupero crediti ove, a seguito del tempo perso dall'avvocato nel notificare la citazione, il debitore abbia, nel frattempo, alienato tutti i propri beni oppure ai casi di prescrizione brevissima previsti nel codice della navigazione.

L'assicurazione deve riguardare non solo la colpa semplice ma anche la colpa grave, ipotesi tutt'altro che rara, con inevitabili ripercussioni sui premi. Ma la copertura viene imposta non soltanto per i comportamenti colposi, ma perfino dolosi, commessi da collaboratori, dipendenti, praticanti e sostituti processuali.

La copertura deve poi comprendere la responsabilità civile per la custodia di documenti, denaro, titoli e valori ricevuti in deposito dai clienti. Infine l'assicurazione dovrà risarcire anche l'eventuale danno che possa derivare alla controparte, al difensore di quest'ultima, quest'ultima sicuramente eccessiva essendo anche questi coperto dalla propria assicurazione e a terzi estranei al rapporto professionale. Il DM infatti stabilisce che l'assicurazione deve prevedere la copertura della responsabilità civile dell'avvocato per tutti i danni che dovesse colposamente causare a terzi nello svolgimento dell'attività professionale. Non potranno

no essere considerati terzi i collaboratori e i familiari dell'assicurato.

Coperta da assicurazione è poi l'attività di redazione di pareri o di contratti

Art.2

Efficacia nel tempo della copertura assicurativa

1. L'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza.

2. L'assicurazione deve contenere clausole che escludano espressamente il diritto di recesso dell'assicuratore dal contratto a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività.

L'articolato che qui più interessa è la previsione contenuta proprio nell'art.2, ovvero la retroattività e la ultrattività almeno decennale della polizza.

Anche gli eredi sono garantiti con la previsione che l'assicurazione deve prevedere anche a favore loro, una retroattività illimitata ed un'ultrattività almeno decennale. Pertanto il DM ha recepito le indicazioni provenienti dall'avvocatura ed ha provveduto ad eliminare tutte le clausole imitrici della garanzia per il libero professionista. Infatti esse dovranno obbligatoriamente garantire sinistri datati nel tempo, avvenuti anche oltre dieci anni prima laddove l'effetto dell'evento lesivo si sia palesato solo nell'attualità. Problematica resta la gestione dei neo assicurati con possibile sinistrosità pregressa per i quali attendiamo di leggere le polizze che il mercato offrirà.

Cancellati con un colpo di spugna il contenimento della garanzia ai soli 3/5 anni antecedenti la sottoscrizione della polizza, l'avvocato potrà con serenità stipulare la polizza più conveniente presente sul mercato. In tal ottica si inserisce anche il divieto per l'assicuratore del diritto di recesso dal contratto assicurativo a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultra attività.

Art.3

Massimali minimi di copertura per fascia di rischio

1. I massimali della copertura assicurativa minima sono fissati

secondo i seguenti criteri:

	FASCIA DI RISCHIO	MASSIMALE MINIMO
A	Attività svolta in forma individuale con fatturato riferito all'ultimo esercizio chiuso non superiore a euro 30.000,00	Euro 350.000,00 per sinistro e per anno assicurativo.
B	Attività svolta in forma individuale con fatturato riferito all'ultimo esercizio chiuso non superiore a euro 70.000,00	Euro 500.000,00 per sinistro e per anno assicurativo.
C	Attività svolta in forma individuale con fatturato riferito all'ultimo esercizio chiuso superiore a euro 70.000,00	Euro 1.000.000,00 per sinistro e per anno assicurativo.
D	Attività svolta in forma collettiva (studio associato o società tra professionisti) con un massimo di 10 professionisti e un fatturato riferito all'ultimo esercizio chiuso non superiore a euro 500.000,00	Euro 1.000.000,00 per sinistro col limite di euro 2.000.000,00 per anno assicurativo.
E	Attività svolta in forma collettiva (studio associato o società tra professionisti) con un massimo di 10 professionisti e un fatturato riferito all'ultimo esercizio chiuso superiore a 500.000,00	Euro 2.000.000,00 per sinistro col limite di euro 4.000.000,00 per anno assicurativo.
F	Attività svolta in forma collettiva (studio associato o società tra professionisti) composto da oltre 10 professionisti.	Euro 5.000.000,00 per sinistro col limite di euro 10.000.000,00 per anno assicurativo.

2. In presenza di franchigie e scoperti, l'assicuratore sarà comunque tenuto a risarcire il terzo per l'intero importo dovuto, ferma restando la facoltà di recuperare l'importo della franchigia o dello scoperto dall'assicurato che abbia tenuto indenne dalla pretesa risarcitoria del terzo.

3. E' facoltà delle parti prevedere clausole di adeguamento del premio, nel caso di incremento del fatturato a contratto in corso.

4. Il massimale minimo previsto dal presente decreto deve intendersi al netto delle spese di resistenza di cui all'art. 1917, comma 3, secondo periodo, del codice civile.

In questo articolo il legislatore ha voluto prevedere anche i massimali di copertura del rischio onde consentire una reale garanzia per l'utenza che sarà di fatto patrimonialmente tutelata nei confronti di eventuali errori commessi dal proprio fiduciario

Art.4

Assicurazione contro gli infortuni

1. L'assicurazione deve essere prevista a favore degli avvocati e dei loro collaboratori, praticanti e dipendenti per i quali non sia operante la copertura assicurativa obbligatoria I.N.A.I.L.

2. L'assicurazione deve prevedere la copertura degli infortuni occorsi durante lo svolgimento dell'attività professionale e a causa o in occasione di essa, i quali causino la morte, l'invalidità permanente o l'invalidità temporanea, nonché delle spese mediche.

3. Il contratto deve includere tra i rischi assicurati l'infortunio derivante dagli spostamenti resi necessari dallo svolgimento dell'attività professionale.

4. Le somme assicurate minime sono le seguenti:

capitale caso morte: euro 100.000,00;

capitale caso invalidità permanente: euro 100.000,00;

diaria giornaliera da inabilità temporanea: euro 50,00.

Altra grande novità presente nel DM. La polizza per gli avvocati dovrà contenere oltre la normale polizza sulla responsabilità professionale, quella sugli **infortuni all'interno dello studio** sia per i dipendenti, praticanti e collaboratori che per gli stessi clienti. La polizza dovrà coprire il rischio anche fuori dei locali dello studio legale come ad esempio nel caso di **incidente stradale** per una sostituzione di udienza fuori zona.

Ora le assicurazioni hanno un anno di tempo per modificare i propri contratti assicurativi ed i liberi professionisti potranno tirare un sospiro di sollievo e sottoscrivere la polizza professionale senza il pericolo di ritrovarsi, incolpevolmente, privi di copertura assicurativa.

Immacolata Troianiello



Avvocati: una categoria a rischio infortuni?

Parrebbe di sì, se il Legislatore ha ritenuto fosse il caso di intervenire abbinando, e prescrivendo, accanto all'obbligo per il professionista di dotarsi di una polizza assicurativa per la responsabilità civile, anche l'obbligo di una polizza infortuni.

Parrebbe di no, invece, se dovessimo fare riferimento ai risultati dell'indagine pubblicata dall'Istat nell'anno 2014, con dati riferiti all'anno 2013, nella quale si dà atto che, nell'anno, con riferimento alla categoria più generale dei lavoratori in proprio, la percentuale degli infortuni, rispetto al totale, è solo del 2,4 % .

Il Ministero della Giustizia, con decreto del 22 settembre 2016 n. 238, all'art. 4 ha, dunque, previsto che siano obbligatoriamente assicurati contro gli infortuni: *gli avvocati, i collaboratori e i praticanti e dipendenti per i quali non sia operante la copertura obbligatoria Inail*.

Le somme assicurate minime, previste, sono:

- capitale caso morte: euro 100.000,00;
- capitale caso invalidità permanente: euro 100.000,00;
- diaria giornaliera da inabilità temporanea: euro 50,00

Il provvedimento suscita diverse perplessità e fa nascere molti dubbi interpretativi.

In primis: quali potrebbero essere i “*dipendenti*” dell'avvocato, non assicurati Inail che dovrebbero essere coperti dalla polizza?

Difficile rispondere.

E poi: le “*spese mediche*” dovranno essere coperte senza limiti di ammontare?

La norma, infatti, mentre prevede un minimo per quanto riguarda le somme assicurate per i casi: morte, infortuni e diaria, nulla dice, invece, in ordine alle spese.

Nella pratica assicurativa è ge-

neralmente previsto un tetto per queste spese o, comunque una importante franchigia.

Nel silenzio della legge potranno ritenersi lecite pattuizioni “al ribasso” in questo senso?

Quali franchigie o clausole limitative della garanzia potranno essere previste nelle polizze?

L'assicurazione deve essere stipulata da tutti gli avvocati: senza limiti di età; ma, nella prassi, le compagnie difficilmente assicurano persone oltre il 75° anno di età, se non con costo molto alti e franchigie altrettanto alte. E la legge prevede l'obbligo per l'avvocato, ma non il correlativo obbligo a contrarre per le società.

La copertura riguarda gli infortuni che possono capitare nello svolgere l'attività «*o a causa o in occasione di essa*» e possono comportare la morte o un'invalidità sia temporanea che permanente. Tra i rischi assicurati, anche quelli connessi agli spostamenti di lavoro: dunque, sarà assicurato anche l'incidente in auto o in motorino durante le trasferte per le udienze.

Non è difficile ipotizzare un ricco contenzioso nella interpretazione di questo *infortunio in itinere*.

Se si da uno sguardo sul web al mercato che si è aperto, troviamo polizze il cui costo varia da 90 euro ad oltre 300; il tutto in funzione delle franchigie previste. Ovviamente le franchigie potranno riguardare solo le garanzie per inabilità permanente e diaria; si badi: diaria che deve essere prestata per inabilità e non per il solo periodo di ricovero.

Una polizza che preveda un tetto di 1.000,00 euro per spese mediche e franchigie di 10 punti per invalidità permanente può ritenersi che soddisfi l'obbligo di legge? Formalmente, forse, sì, ma non certo nella sostanza.

Un cenno particolare merita la

conseguenza che può derivare dal mancato assolvimento dell'obbligo.

Per quanto riguarda la responsabilità civile la conseguenza è chiaramente individuata.

L' art. 3, comma 1 del decreto n. 47/2016 ha previsto che: *La cancellazione dall'Albo e' disposta quando il consiglio dell'Ordine circondariale accerta la mancanza dell'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione e l'avvocato non dimostra la sussistenza di giustificati motivi oggettivi o soggettivi*.

L' art. 2, comma 2 dello stesso decreto, nello stabilire i criteri alla stregua dei quali deve verificarsi la sussistenza dei requisiti per il permanere dell'iscrizione, ha individuato, tra questi, alla lettera f), quello di avere in corso una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge.

Quindi nessun dubbio possibile: la mancanza dell'assicurazione comporta la cancellazione dall'Albo.

Analoga conseguenza, peraltro, non è prevista per la mancanza della polizza infortuni.

Nel silenzio della legge, tale omissione non potrebbe che essere sanzionata come violazione dell'art. 16, comma 2, del codice deontologico.

Gianrodolfo Ferrari



LA MEDIAZIONE FAMILIARE: UNA PRATICA INUTILE?

Una pratica inutile.

Probabilmente questo è ciò che pensano la maggior parte degli avvocati sulla mediazione familiare.

Nell'ambito dei procedimenti di separazione e/o divorzio giudiziale, è ormai prassi del Tribunale di Parma (e non solo), inserire nei decreti di fissazione d'udienza, l'invito alle parti a intraprendere un percorso di mediazione.

Alla domanda cosa sia e in cosa consista siamo davvero certi di conoscere la risposta?

Solitamente l'avvocato è la prima persona a cui una coppia si rivolge quando, sorta una litigiosità, si rende conto di trovarsi in una vera e propria crisi familiare.

È quindi compito del legale prospettare ai propri clienti tutte le strade percorribili anche per raggiungere un accordo, tra cui la possibilità, qualora vi siano le condizioni, di intraprendere appunto un percorso di mediazione familiare.

Al XXXIII Congresso Nazionale Forense, recentemente tenutosi a Rimini, questo istituto è stato oggetto della mozione n. 54, presentata dall'Ordine degli Avvocati di Roma.

Una mozione politica approvata a pieni voti, che promuove l'apertura presso tutti i Tribunali di sportelli informativi sulla mediazione familiare, gestiti dai Consigli dell'Ordine, dove cittadini ed avvocati possano rivolgersi per informazioni e suggerimenti sui migliori percorsi da intraprendere, auspicando che ciò possa creare una collaborazione sinergica anche con la magistratura, nel principale interesse dei minori.

Diversi Tribunali italiani e Consigli dell'Ordine già offrono questo servizio, avendo compreso la valenza dell'istituto e avendo riscontrato

ottimi risultati.

Vero è che i procedimenti per separazione, divorzio e per affidamento di figli minori nati fuori dal matrimonio sono in costante aumento e spesso sono caratterizzati da situazioni altamente conflittuali, con effetti negativi per le parti e in particolar modo per i minori talché appare opportuno trovare soluzioni concrete e alternative.

Allora, perché mai non usufruire di uno strumento efficace che trova il suo fondamento anche in fonti normative internazionali e ampiamente utilizzato negli altri Paesi che a loro volta ne decantano tanto i benefici?

Il ruolo e la funzione del mediatore familiare sono delineati dalla Raccomandazione 98/1 del 19.1.98 del Consiglio d'Europa nonché dalla Raccomandazione n. 1639 del 25.11.03 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

Nei suddetti provvedimenti vengono definiti dei principi basilari ovvero: 1) la mediazione dovrebbe essere autonoma e complementare rispetto al contesto giudiziario; 2) il mediatore dovrebbe avere una funzione esclusivamente di natura compositiva e non valutativa; 3) la volontarietà della coppia al percorso di mediazione familiare è predittiva di un buon esito del medesimo.

D'altra parte anche il legislatore italiano ne favorisce espressamente l'utilizzo.

All'art. 337 *octies* cod. civ., che disciplina i poteri del giudice e l'asscolto del minore, il legislatore prevede espressamente che “ (...) *qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337 ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un ac-*

cordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli”

Analizziamo brevemente come si sviluppa questa pratica.

Certamente non è una seduta di psicoterapia, in quanto le parti non vogliono porre rimedio alla loro crisi familiare: la mediazione interviene in un momento successivo, ovvero quando i coniugi hanno maturato la consapevolezza di volersi separare.

È un percorso articolato in un numero esiguo di sedute (8/9), attraverso le quali, i soggetti coinvolti, con la presenza e l'aiuto del mediatore familiare, hanno la possibilità di trattare i propri conflitti al fine di raggiungere un accordo.

Il mediatore è un esperto del processo di soluzione dei conflitti, è un soggetto neutrale e imparziale che ha la responsabilità di guidare lo svolgimento del processo di negoziazione, fornendo alle parti gli strumenti per dialogare proficuamente e definendo le strategie per giungere alla soluzione del problema.

Attraverso la sua figura, le parti riescono a prestare attenzione anche agli aspetti psicologici ed emotivi del conflitto, individuando una concreta riorganizzazione della vita quotidiana della famiglia.

Sono quindi le parti a mantenere il controllo e a trovare la soluzione del problema, definendo il contenuto dell'accordo.

Il mediatore controlla solo il procedimento, cedendo il controllo sul contenuto ai clienti e sincerandosi che l'accordo sia realmente sostenibile e duraturo nel tempo.

In particolare, il processo generico di mediazione consta di dieci fasi:

- 1) ammissione del problema;



- 2) scelta del campo;
- 3) selezione del mediatore;
- 4) raccolta dei dati;
- 5) definizione congiunta del problema;
- 6) comprensione profonda dei bisogni delle parti;
- 7) creazione di opzioni;
- 8) ridefinizione delle posizioni iniziali;
- 9) contrattazione;
- 10) stesura dell'accordo.

Il professionista dà inizio al processo di negoziazione, raccogliendo in un primo momento tutte le informazioni necessarie, sulla natura della lite, sulla visione che ognuna delle parti ha della lite.

Una volta chiarite le questioni da affrontare e le diverse posizioni delle parti sulle questioni, il professionista, insistendo sulla totale apertura riguardo a tutti i problemi, mette in atto le diverse tecniche che aiutano a far ripartire la comunicazione tra i coniugi.

Tra le tecniche di base utilizzate dal professionista, posso citarne qualcuna: la tecnica della riformulazione, della normalizzazione, del-

la reciprocità, del *reframing*, il *feedback* riflessivo, il *brainstorming* etc.

Attraverso l'utilizzo delle suddette tecniche e della buona volontà delle parti, si potrà raggiungere un accordo che verrà formalizzato e poi consegnato dalle parti ai loro rispettivi avvocati.

Il mediatore dovrà mantenere il segreto professionale quanto allo svolgimento, il contenuto dei colloqui e agli accordi eventualmente conseguiti, potendo rispondere al magistrato solo in ordine alla partecipazione delle parti al percorso di mediazione.

Infine in merito all'opportunità di intraprendere o meno questo percorso, la risposta sembra essere molto semplice: la mediazione è un confronto amichevole che avviene in privato, costa decisamente meno rispetto ad una separazione o ad un divorzio giudiziale ed è più veloce.

Non solo, questo strumento consente ai confliggenti di riappropriarsi della capacità di gestire i propri conflitti familiari.

In una decisione giudiziaria, il giudice decide chi ha ragione e chi ha torto, il giudice entra prepotentemente nell'intimità del *menage*

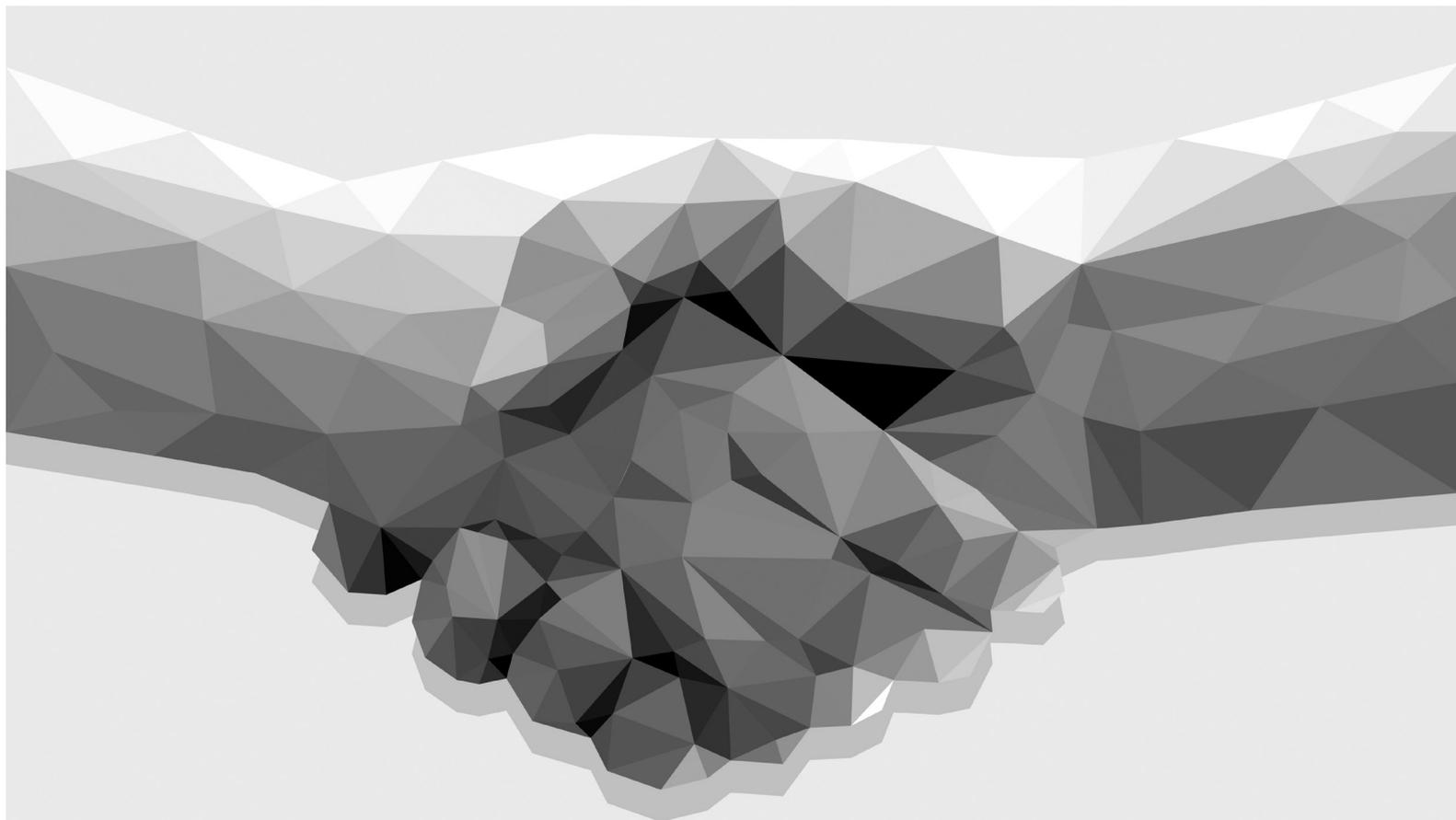
familiare, decidendo qual è la soluzione più opportuna per quella famiglia.

Orbene, la mediazione offre la possibilità alla coppia di trovare la soluzione per loro migliore, una soluzione che consenta a ciascuno di vincere e di perdere qualcosa allo stesso tempo, promuovendo decisioni che tutelino l'interesse dei minori, fomentando una responsabilità genitoriale condivisa nel rispetto della legge e del principio della bi-genitorialità.

Sono chiari e impliciti gli effetti positivi della mediazione e quindi di un accordo nei confronti di un minore che vive la separazione tra i genitori come un evento traumatico, a maggior ragione se vissuto con toni accesi e in un clima di guerra.

Se solo ci sforzassimo di non avere paura dei cambiamenti, di mutare atteggiamento verso le novità, gli avvocati smetterebbero di vestire i panni degli psicologi, i magistrati diminuirebbero il loro carico di lavoro e i clienti oltre a guadagnarci in salute, sarebbero certamente più soddisfatti.

Alessandra Palumbo



La mediazione a due velocità

8.7. Non è una formula matematica, ma un controverso articolo del regolamento del nostro Organismo di Mediazione.

Per intero suona così: “Quando le parti non raggiungono un accordo amichevole e ne facciano concorde richiesta, il mediatore formulerà proposta di conciliazione; in caso di mancata adesione o partecipazione al tentativo di mediazione, il mediatore non potrà formulare la proposta. *Ove si tratti di mediazione delegata dal Giudice e questi abbia disposto l'invito per il mediatore a formulare la proposta di conciliazione, il mediatore formulerà la proposta senza necessità di acquisire il consenso delle parti ritenendosi lo stesso implicito. In ogni caso, prima di formulare la proposta, il mediatore deve dare informazione alle parti di quanto disposto dall'art. 13 del D. Lgs. 28/2010*”.

La prima parte è originaria. La seconda è stata inserita quando i nostri giudici hanno cominciato a disporre mediazioni demandate incaricando i mediatori di formulare proposte conciliative anche in caso di mancata partecipazione / adesione o dissenso di una delle parti.

Se l'integrazione non vi fosse stata il nostro Organismo avrebbe dovuto respingere al mittente le demandate così connotate in quanto in forza della prima parte non sarebbe stato consentito adempiere alla richiesta del giudice ove non ricorressero le dette circostanze.

Integrazione necessaria per due motivi.

1) I mediatori e le parti debbono attenersi al regolamento dell'organismo.

2) La “demandata”, pur essendo anch'essa orientata verso l'accordo tra le parti, ha una fonte diversa da quella detta “*ope legis*” (art. 5. 1), cioè quella preventiva ed automatica, che prescinde da ogni valutazione concreta e qualificante, e spesso viene completata dalla disposizione del giudice al mediatore di formulare una proposta conciliativa anche nel dissenso di una delle parti (art. 5.2). E' quest'ultimo l'aspetto che contrasta con la prima parte dell'art. 8.7, come meglio sarà detto più avanti.

Occorre tuttavia una spiegazione circa la prima parte del comma.

Essa chiaramente dovrebbe riecheggiare l'art. 11 n. 28/2010 D lgs.: “*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione quando le parti gliene fanno domanda in qualunque momento del procedimento*”. E' chiaro che in base a tale disposto al mediatore viene sempre conferita una **facoltà**, mentre quel **deve** introduce un obbligo che scatta quando vi sia la richiesta di tutte le parti.

La prassi suggerisce che è ben difficile che un mediatore, senza essere richiesto dalle parti, ovvero dallo stesso giudice, si assuma

una responsabilità siffatta.

Tuttavia ai sensi dell'art. 8 dlgs n. 28/2010, il mediatore ha l'obbligo di adoperarsi ugualmente per far aderire e/o per convincere le parti a continuare nel tentativo di conciliazione (si rimanda a “La mediazione e una favola di La Fontaine” ne i “Segnali di fumo” di questo numero). E tale iniziativa, a discrezione del mediatore, può essere prodromica all'esercizio della facoltà di formulare la proposta, anche in caso di contumacia di una delle parti (v. infra).

E' necessario invece che il mediatore, a richiesta congiunta, proceda alla formulazione della proposta, e qui vi è conformità del nostro regolamento. Ma al limite potrà desistere ove le parti o una di esse non collabori, ad esempio mancando di produrre atti e documenti indispensabili per l'adempimento.

Di ciò si dovrà fare menzione a verbale per le valutazioni del giudice, non contrastando con l'obbligo della riservatezza in quanto attinente non al merito delle dichiarazioni delle parti, bensì al loro comportamento.

Questa logica viene incrinata dall'art. 7.2 D.M. 18.10.2010 n. 180: “l'organismo **può** prevedere nel regolamento che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo la proposta può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti del procedimento di mediazione”.

La criticità sta tutta in quel “**può** prevedere nel regolamento”.

Vale a dire si possono formare due tipi di regolamento, uno per così dire più aperto, che consen-



te la formulazione della proposta del mediatore a sua discrezione non solo nel caso di espressa contrarietà di una delle parti, ma anche in caso di mancata partecipazione di una di esse, e quindi, ovviamente, anche in caso di contumacia. Altro, più vincolante, solo se la proposta è richiesta congiuntamente da tutte le parti. Quindi con esclusione dell'iniziativa facoltativa del mediatore salvo che nessuna delle parti presenti si opponga (equivalenza con la richiesta congiunta).

Questa dicotomia venne fatta oggetto di discussione e di critiche. Stà di fatto che gli organismi di formazione votarono in grande maggioranza a favore del più rigoroso regolamento che consente la proposta solo in caso di concorde istanza delle parti.

Il regolamento degli avvocati di Parma aderì a questa accezione e ne sortì la prima parte dell'art. 8.7. Tuttavia la trasposizione dei due disposti, di legge e regolamento, appena citati, non è un modello di chiarezza. Dal punto di vista letterale nel nostro regolamento è (o sarebbe) negata la stessa *facoltà* del mediatore di formulare una proposta conciliativa in caso di mancata partecipazione / adesione di una delle parti alla mediazione.

Così non dovrebbe essere in quanto l'art. 7.2 del decreto ministeriale deve rispettare la gerarchia delle fonti, e pertanto segnare il passo a fronte dell'art. 11 n. 28/2010 d.lgs.: cioè la *facoltà* resta ferma anche nel caso di auto-esclusione, contumacia compresa, di una delle parti.

Quel che viene meno in tali circostanze è l'obbligo.

Di tale interpretazione è oggi confermata nel novellato art. 1 d.lgs. 04.03.2010 n. 28 ove è detto:

“a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

Adde il Prof. Bove in “Judicium”: “non è escluso che il mediatore pur nella assenza di una delle parti si senta in diritto di formulare una proposta di mediazione inviandola per iscritto anche alla parte contumaciale”.

Ex multis Trib. Roma 07.12.2015: “il mediatore, infatti, potrà del caso, ed in conformità a quanto previsto dal regolamento dell'Organismo, formulare una proposta ai sensi dell'art. 11 dlgs, che provvederà a comunicare nel caso alla parte che resti contumace anche nel processo” conf. Trib. Vasto 06.12.2016.

Si ritiene che in ogni caso la proposta ex art. 11 non sia formulabile quando tutte le parti siano contrarie o assenti (giudice Dott. Moriconi).

Ovvio che, *extrema ratio*, anche per le demandate si applica per l'attore che non attivi la procedura o non la coltivi la sanzione della improcedibilità, per il convenuto non costituito in giudizio che non partecipi alla mediazione si applica la sanzione pecuniaria e l'art. 116 c.p.c. di cui all'art. 8 bis e l'eventuale aggravio delle spese di lite. Mi riferisco alle mediazioni nelle quali la defezione anche di una sola parte è di fatto impeditiva dell'attività di conciliazione (Trib. Roma, 29.05.2017).

Ciò detto, ho sempre espresso l'opinione che non sia opportuno consentire regolamenti difformi sul punto tra i vari organismi.

Una condizione di procedibilità di un giudizio non può essere coltivata secondo percorsi diversi.

Vi è una inconcepibile disparità di trattamento non compatibile con la esigenza di una uniformità di disciplina in materia così delicata, al punto da creare situazioni irragionevolmente discriminanti: accordare in primis alla parte chiamante in mediazione maggiori o minori *chances* di conciliazione a seconda della permissività del regolamento.

Che tale disarmonia portasse ad interventi e censure giudiziarie era inevitabile. Così il Tar Abruzzo Sez. Pescara con sentenza 13.07.17 n. 98 ha ritenuto illegittimo un regolamento di procedura nella parte in cui impediva la formulazione di una proposta di mediazione in caso di mancata adesione – partecipazione di una delle parti ovvero in caso di mancata richiesta congiunta. Per questa pronuncia subordinare l'attività di formulazione della proposta al mero contegno (“volontà”) della parte finirebbe per sterilizzare il procedimento di mediazione anche rispetto alla sua finalità deflattiva. Si ribadisce che qui si ha riferimento alla mediazione *ope legis*, ma l'argomento può essere esteso anche alla demandata. Potrebbe essere così impugnato avanti al Tar il nostro regolamento, oppure, ad esempio, quello tra i più rilevanti tra quelli specialistici, *pour cause*, dell'Organismo Bancario e Finanziario: proprio perché formulati nel senso più ristretto, a meno della espressa richiesta di entrambe le parti presenti (o, se si vuole, dell'esercizio della facoltà di cui all'art. 11, che tuttavia sembra di fatto esclusa da tali regolamenti).

Ma già una circolare del Ministero della Giustizia del 02.02.2017 contrastava tale indi-





rizzo in una fattispecie in cui un mediatore aveva ritenuto possibile proseguire la mediazione, nominando un consulente tecnico, nonostante il rifiuto della parte chiamata in mediazione di aderire alla procedura. Secondo la circolare “all’espresso rifiuto di una parte, giammai il mediatore potrà procedere formalmente a formulare alcuna proposta o nonima di un consulente tecnico, dovendosi limitare a redigere un verbale negativo”.

Viceversa ciò sarebbe possibile ove la parte chiamata in mediazione decidesse di rimanere contumace.

Tale distinzione non appare plausibile; ché semmai, all’inverso, sembra meno accettabile la prosecuzione delle operazioni di mediazione al cospetto di una parte contumace, verso la quale non è nemmeno concepibile l’opera di convincimento all’adesione che il mediatore deve porre in essere. E tuttavia anche in quest’ultimo caso vi è il rimedio: il mediatore dovrà portare a conoscenza della parte contumace la sua proposta. In tal caso quest’ultima ha la possibilità di riesaminare la propria posizione.

Curiosamente tale indirizzo contraddice una circolare ministeriale del 5/11/2003, secondo cui in ossequio al principio di attività, l’onere del mediatore di formulare una proposta di mediazione è consentita anche in presenza di una sola parte, potendo ragionare con l’unica parte presente nel procedimento: in tal caso, la stessa potrebbe valutare un ridimensionamento – “variazione”- dell’originaria pretesa (eventualmente, nei termini proposti dal mediatore, da poter comunicare all’altra parte).

In questa disputa, che discende dalla mancata omogenizzazione dei regolamenti degli organismi, si introduce la ben nota ordinanza in materia cautelare della Dott.ssa Chiari del Tribunale di Parma 13.03.2015 e successiva collegiale nella quale, a seguito di una proposta di mediazione contumaciale richiesta dalla parte chiamante, consentendolo il regolamento dell’organismo adito, il mediatore aveva potuto nominare un C.T.U. scelto dall’albo del Tribunale, e sempre puntualmente informando delle operazioni in corso la parte contumaciale, aveva prodotto una consulenza, positiva per il richiedente, che tuttavia controparte non aveva accettato. Ebbene, in sede di procedimento ex art. 700 c.p.c., il Giudice, attesa la terzietà e la provenienza della elaborazione peritale, aveva concesso il sequestro di cambiali tenute a garanzia di un credito, dal perito ritenuto usurario.

Il Collegio, su reclamo della banca, dichiarava la “non illegittimità” della decisione, ma ordinava la ripetizione della C.T.U., onde assicurare il contraddittorio (respinto però in sede di conciliazione dalla banca).

Ora, a parte la questione di merito, e non essendo esclusa la impugnazione delle conclusioni della C.T.U., la pronuncia si segnala innanzitutto per essere completamente avulsa dal procedimento di mediazione, tanto è vero che il Giudice non ha inteso controllare se l’Organismo di mediazione consentisse o meno una C.T.U. e una proposta di conciliazione anche in contumacia di una delle parti (ovvero, in altra ipotesi, in mancanza di sua adesione): da cui si evince che tali circostanze rendono inutilmente impeditive le limitazioni apposte da alcuni regolamenti (v. giurisprudenza infra).

Non solo: la procedura di mediazione che si era svolta non poteva nemmeno definirsi condizione di procedibilità nel successivo procedimento cautelare, semmai nell’eventuale giudizio di merito (art. 15.3).

Le deduzioni che precedono si attagliano a maggior ragione alle demandate ex art. 5.2 poiché, se è vero che prescindono dalla iniziativa delle parti e del mediatore, discendono da una valutazione del giudice sulla mediabilità della lite, condotta in modo non astratto e meccanico, ma concreto e meditato, e spesso motivato nel provvedimento, anche in materia facoltativa e in grado di appello. In certi regolamenti come il nostro, a differenza di quelli aperti, senza il consenso di tutte le parti non si può procedere nella formulazione di proposte, sempre per il principio appena richiamato, a meno che il mediatore non si avvalga della facoltà prevista dall’art. 11, ipotesi di remota applicazione.

Cosicché la demandata si bloccherebbe ogni volta che alla mediazione non partecipino tutte le parti, impendendosi così l’esercizio dell’art. 11, come vorrebbe la prima parte dell’art. 8.7. Un vero paradosso !

Al contrario nella demandata è comunemente ammesso che il Giudice incarichi il mediatore di procedere a C.T.M. anche ai fini di una formulazione della proposta (Trib. Roma 16.07.2015; Trib. Roma 09.04.2015).

Di più stridente impatto con il regolamento le demandate ex art. 5.2, oggi sempre più frequenti, accompagnate dall’ordine del giudice al mediatore di formulare la proposta di conciliazione anche nel dissenso di una parte (*ex multis* Trib. Napoli Nord 28.02.2017).





Va detto preliminarmente che tale iniziativa giudiziale, che non si rinviene nel codice di rito né nella legge sulla mediazione, ritenuta come una superfetazione, non è vista di buon occhio da chi si è sempre opposto all'allargamento delle maglie della mediazione. Si è detto che è un fuor d'opera, che il mediatore non è un ausiliare del giudice e men che meno un suo subordinato. Si è replicato che tale potere discende dall'art. 175c.p.c., cioè dal potere del giudice di dirigere il processo, impedendo che comportamenti dilatori confliggano con la sua ragionevole durata, agevolando il raggiungimento di pubbliche finalità, quali lo sfoltimento del contenzioso giudiziario. Tanto è vero che è anche previsto che la conciliazione inizi con l'applicazione dell'art. 185 bis per poi demandare la proposta al mediatore fissando spesso determinati limiti. Ma può accadere il contrario.

E' logico infatti che coltivare un tentativo di conciliazione avanti al giudice possa comportare tempi così lunghi da contraddire le finalità dell'istituto (sfoltire il contenzioso). E la mediazione è istituto previsto *ad hoc* e collaudato.

Ciò detto, è con questa demandata che definiamo "plus", che si ha il punto più eclatante di incontro / scontro con la prima parte dell'art. 8.7, riservato alla mediazione *ope legis*. Ma trattasi di piani del tutto diversi poiché in quest'ultima si circoscrivono (illegittimamente) le circostanze che consentono l'applicazione dell'art. 11. Invece la demandata "plus" *ope judicis* ha origine da una valutazione – disposizione giudiziale che impone la proposta anche in caso di mancata adesione di una delle parti. Sarebbe

stato banale l'inserimento della integrazione se dovesse ancorarsi alla prima parte, destinata ad altra tipologia di proposta, propria di un regolamento "rigido". Si vuole obiettare che la prima parte condizioni la seconda, e quindi la mancata adesione alla mediazione impedisce "a monte" l'attuazione dell'ordine giudiziale. Se così fosse sarebbe facile l'elusione: nel caso di tali domande, poi, esse sono spesso originate dalla istanza congiunta delle parti (art. 185 bis) e si innestano, consolidandola, sulla facoltà riservata al mediatore dall'art. 11. Del resto quel "senza necessità di acquisire il consenso delle parti ritenendosi lo stesso implicito" che si legge nella seconda parte dell'art. 8.7, assorbe ed elide qualsiasi negazione della partecipazione alla procedura, anche nella demandata semplice.

Seconda l'opposta tesi solo l'adesione alla mediazione di tutte le parti (per forza di cose partecipanti) può consentire la formulazione della proposta demandata dal giudice.

Una conseguenza paradossale che nulla aggiunge ai regolamenti tirati con il freno a mano.

Concludendo: la prima e la seconda parte dell'art. 8.7 operano su un piano volontaristico, direttamente la prima, veicolata dal giudice la seconda.

Questi appunti affrettati per la imminente uscita della rivista sono manchevoli fra l'altro di opportune citazioni. Me ne permetto una sola, di Piero Calamandrei:

"La sorda resistenza alla riforma è più pericolosa di una aperta ribellione".

Giacomo Voltattorni



Definizioni giuridiche e applicabilità della normativa C.I.T.E.S. Distinzione tra fauna selvatica e fauna domestica.

Definizioni giuridiche e applicabilità della normativa C.I.T.E.S. Distinzione tra fauna selvatica e fauna domestica.

In Italia l'applicabilità della Convenzione di Washington del 3 marzo 1973, recante disposizioni sul Commercio Internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione, è affidata alle disposizioni del Regolamento Comunitario n.338/97 e ss.mm.

Alla Legge 150 del 1992 è invece affidata la disciplina delle sanzioni relative all'applicazione della normativa in esame.

Per definizione la C.I.T.E.S. si applica esclusivamente alle specie di flora e fauna selvatiche contenute negli elenchi di cui alle appendici I,II,III e ovviamente negli allegati A,B,C,D del Reg. CE 338/97 e ss.mm. su tutto il Territorio dell'Unione Europea.

Il punto di partenza per comprendere l'applicabilità della normativa in esame è quello di individuare correttamente le categorie alle quali le disposizioni C.I.T.E.S. si riferiscono, laddove come detto, il Reg. CE 338/97 prevede un elenco delle specie di fauna e flora contenute negli allegati A,B,C,D.

A prima impressione l'operazione può apparire di una certa semplicità ma nei fatti così non è.

La dinamicità delle scienze naturali, unite al vulnus di continua evoluzione delle scienze relative al regno animale, (compresa quella giuridica), sono in grado di generare non pochi dubbi di classificazione delle differenti categorie zoologiche.

ca), sono in grado di generare non pochi dubbi di classificazione delle differenti categorie zoologiche.

Come detto la normativa c.d. C.I.T.E.S. si applica per definizione alla fauna selvatica, escludendo tout court la fauna domestica. Ma è così semplice distinguere le due categorie zoologiche?

Secondo l'articolo 1, comma I, della Legge 157/1992 la fauna selvatica viene reputata come "patrimonio indisponibile dello Stato" e con ciò sottintendendo una particolare e specifica disciplina di gestione, trattamento ed escludendo qualunque tipo di intervento/ fruizione privata.

L'articolo 2 della medesima Legge 157/92 afferma che rientrano nella nozione di fauna selvatica "le specie di mammiferi e uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di libertà naturale", evidenziando la condizione determinante nello stato di naturale libertà.

Proseguendo nella disamina sulla normativa in materia, si evidenzia come secondo la Legge 13 marzo 1993 n. 59, la quale inserisce l'articolo 8 – sexies nella legge 7 febbraio 1992 n.150, per "selvatica" si intenda la fauna proveniente direttamente dall'ambiente naturale e da genitori a loro volta di specie selvatica o anche un animale "proveniente da nascita in cattività limitata alla prima generazione". In questo secondo caso si tratterebbe perciò di un animale proveniente da genitori nati in cattività ma non nato a sua volta in cattività.

E' quindi necessario approfondire il tema definendo cosa si intenda con animali nati o riprodotti in cattività. Un esemplare nato in cattività è un soggetto nato da genitori, di cui uno almeno di origine selvatica, che si siano riprodotti in ambiente controllato (Legge 150/92, art. 8 sexies, lett. d). Pertanto, l'animale nato in cattività appartiene alla prima generazione (F1), mentre l'animale riprodotto in cattività alla seconda (F2).

Da ciò si può agevolmente concludere che, per la legge italiana vigente, in un caso o nell'altro, si può ritenere "selvatico" al massimo un F2.

Ma il quadro normativo così definito è certamente insufficiente a chiarire la portata della definizione utile ai fini dell'applicabilità della normativa, anche e specialmente in relazione alle realtà dinamiche della fauna e delle casistiche concrete che, attualmente, sono oggetto di indagine





da parte della compagine scientifica.

Per la casistica giurisprudenziale, al fine di dirimere questioni di diritto di una certa ed attuale complessità, è stato introdotto un principio del tutto pacifico e consolidato in grado di colmare le lacune dell'insufficiente normativa. Il principio in oggetto identifica come condizione determinante lo stato di naturale libertà.

Secondo la pronuncia della Corte di Cassazione, sezione penale III, n. 2598/2004, "lo stato di libertà naturale coincide con una condizione di vita indipendente dall'uomo per quanto attiene alla riproduzione, alla alimentazione e al ricovero."

Tale caso riguardava specie domestiche e selvatiche sulla scorta della classificazione zoologica che non apparivano adeguatamente inquadrare ai fini della loro tutela in relazione alla reale ed effettiva portata della ratio sottesa all'art. 2, L.157/92. Pertanto, la Suprema Corte ha operato una interpretazione del concetto di stato di naturale libertà, identificandolo con quelle condizioni di vita indipendenti dall'uomo per quanto attiene alla riproduzione, al ricovero e alla alimentazione, a prescindere dalla classificazione in uso alla scienza zoologica, chiarendo il canone discriminante in base al quale è possibile inquadrare la fauna selvatica. D'altra parte inquadra nella fauna domestica, tutte quelle condizioni di vita nelle quali l'alimentazione, la riproduzione e il ricovero siano gestite dall'uomo.

L'evidenza riconosciuta alla condizione di vita è chiaramente coerente rispetto alla definizione di domesticazione, ossia al rapporto di dipendenza che si innesta tra l'animale e l'uomo.

Giurisprudenza di legittimità ha, come sopra rilevato, consolidato negli anni un orientamento che, ai fini della distinzione tra fauna

selvatica e fauna domestica, chiarisce quale sia l'unico elemento giuridicamente rilevante, ossia lo stato di naturale libertà.

Tale pronuncia costituisce una vera cartina tornasole della dicotomia domestico/selvatico, dato e considerato che tale principio discriminatore è stato pacificamente applicato in seno alla Corte Costituzionale per dirimere questioni di illegittimità costituzionale (sent. 303/2013 e 278/2012, laddove si sostiene che "la fauna «inselvatichita» rientra nella nozione di «fauna selvatica» delineata dall'art. 2, comma 1, della legge n. 157 del 1992, in forza del quale fanno parte della fauna selvatica, oggetto della tutela apprestata da detta legge statale, «le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale».

Come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, sotto il profilo giuridico lo «stato di libertà naturale» coincide con una condizione di vita indipendente dall'uomo per quanto attiene alla riproduzione, all'alimentazione e al ricovero: condizioni, queste, riscontrabili in rapporto agli esemplari inselvatichiti di specie domestiche. In tale prospettiva, questa Corte ha già dichiarato costituzionalmente illegittima una norma provinciale che escludeva dalla nozione di fauna selvatica – sottraendoli così alla protezione disposta dalla normativa statale – i piccioni domestici inselvatichiti (sentenza n. 278 del 2012)".

Da ultimo anche una sentenza del Consiglio di Stato, a completamento dell'uniforme e consolidato orientamento giurisprudenziale di tutte le massime autorità giurisdizionali, ha applicato tale principio di diritto per operare la distinzione, necessaria al fine di risolvere la controversia, tra fauna selvatica e fauna domestica, sulla scorta dell'accertamento dello stato di vita al quale l'animale risultava abituato,

(Consiglio Stato, sent. 4639/2014).

Un caso giuridico direttamente trattato, ha avuto come scenario proprio l'applicabilità della normativa C.I.T.E.S. ad un esemplare appartenente ad una categoria zoologica di confine tra domestico e selvatico, laddove da una parte si rivendicava la proprietà privata dell'animale, definendolo domestico e dall'altra e per converso, si sosteneva come quello stesso animale appartenesse alla fauna selvatica e per le sue qualità intrinseche assoggettabile alla disciplina C.I.T.E.S.

Le qualità specifiche di questo animale svelano parzialmente la motivazione di una simile controversia, nel caso specifico, infatti si trattava di un incrocio di cane per lupo, ossia del prodotto dell'incrocio tra un animale chiaramente domestico e l'altro selvatico per antonomasia, rientrando nelle categorie a tutela speciale della fauna.

Secondo la classificazione tassonomica di Linneo (1758), sia il cane che il lupo appartengono alla medesima Classe (Mammiferi), alla medesimo Ordine (Carnivori), alla medesima Famiglia (Canidae), alla medesimo Genere (Canis), nonché alla medesima Specie (Lupus), perciò i due taxa, posta tale identità, sono due sottospecie diverse (Wilson e Reeder, 1993), l'uno Canis Lupus Familiaris e l'altro Canis Lupus spp. della medesima specie.

L'animale in esame era stato affidato come "cane di razza meticcias" dal Corpo Forestale dello Stato ad un privato cittadino, anche se le circostanze del suo ritrovamento rimanevano non chiare e le analisi genetiche condotte sul dna dell'animale evidenziavano l'introggressione di dna di lupo selvatico.

Dopo diversi mesi dall'affidamento, il Ministero dell'ambiente provvedeva all'emissione di un provvedimento in autotutela per l'annullamento del provvedimento di affidamento dell'animale, sostenendo la violazione della normativa vigente a tutela della fauna





selvatica e di conseguenza anche delle disposizioni di cui al Reg. CE 338/97.

La parte privata impugnava il provvedimento di annullamento, sostenendone, invece, l'assimilabilità alla fauna domestica e dunque rivendicandone la privata proprietà.

La questione giuridica verteva, dunque, nella scelta di quale normativa ritenere applicabile ad un animale di tale origine, coesistendo una parte la normativa sugli animali d'affezione e dall'altra quella sulla fauna selvatica; considerando che, allo stato, non esisteva, (e non esiste!), una normativa chiara ed univoca che contempli la categoria dell'incrocio tra animale selvatico e animale domestico.

Secondo la tesi del Ministero dell'ambiente, l'animale in esame sarebbe dovuto soggiacere alla normativa prevista per la fauna selvatica e quindi anche alla C.I.T.E.S., sostenendo come l'articolo 2 della Legge 157/1992, chiarendo l'oggetto di tutela della normativa, precisi che: *“Fanno parte della fauna selvatica oggetto della tutela della presente legge le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale. Sono particolarmente protette, anche sotto il profilo sanzionatorio, le seguenti specie: a) mammiferi: lupo*

(Canis lupus),...”; ma ad una lettura della disposizione di cui sopra risulta alquanto difficile ritenere che la categoria “ibrido” possa ritenersi ricompresa all'interno delle specie descritte, sia in relazione alla sua qualificazione peculiare (incrocio tra specie domestica e specie selvatica, chiaramente non più lupo e decisamente non contemplata quale categoria specifica), sia in relazione al dato inerente lo stato di naturale libertà (come detto la categoria “ibrido” cane per lupo non è una specie riconosciuta a se stante!).

Il punto appare di fondamentale importanza per la possibilità di determinare erronei convincimenti in relazione all'attribuzione di una qualifica determinata, che nel caso specifico è la nozione di selvatico, così come inteso dalla normativa vigente.

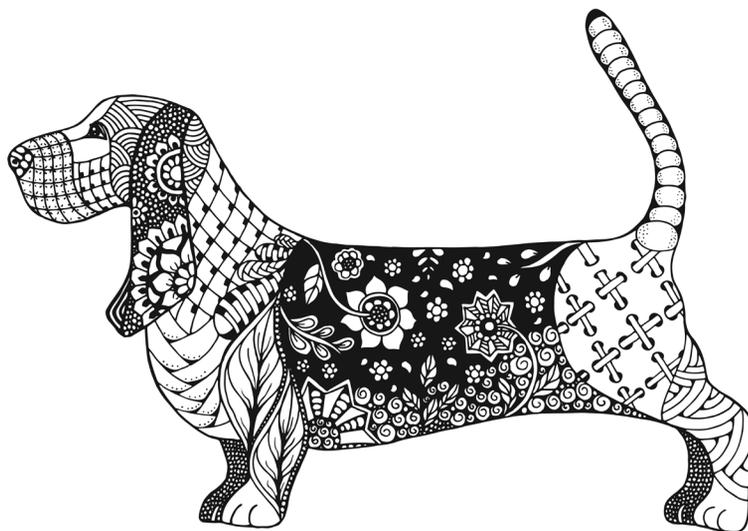
La già citata normativa sulla fauna selvatica, evidenzia come per “selvatica” si intenda la fauna proveniente direttamente dall'ambiente naturale e da genitori a loro volta di specie selvatica o anche un animale “proveniente da nascita in cattività limitata alla prima generazione” (Legge 13 marzo 1993 n. 59). In questo secondo caso si tratterebbe perciò di un animale proveniente da genitori nati in cattività, ma non nato a sua volta in cattività.

Ma se le disposizioni già esaminate posso ritenersi pacificamente

applicabili alle specie selvatiche derivanti da genitori di specie selvatica, operando al più distinzione tra provenienza dall'ambiente naturale e dall'ambiente controllato (espressioni chiaramente riferite a selvatici che escludono la propria applicabilità ai domestici), non vi è alcun riferimento che possa far presumere di poter estendere tali definizioni, e quindi le relative disposizioni, ad animali risultati dall'incrocio intraspecifico con sottospecie domestica. E difatti lo status di ibrido tra selvatico e domestico (lupo x cane) è vittima di un vuoto normativo.

A sostegno di tale tesi appare opportuno anche considerare che la Commissione Permanente Agricoltura presso la Camera dei Deputati, in ordine alla tematica relativa ai danni da predazione alle produzioni zootecniche ed agricole, in riferimento ai cani rinselvatichiti, sostenga come tali animali, certamente originariamente domestici, possano considerarsi fauna selvatica qualora si alimentino, si ricoverino e si riproducano indipendentemente dal governo dell'uomo.

La stessa delibera della XIII Commissione Permanente Agricoltura evidenziava anche come la presenza di un vuoto normativo nei riguardi dell'ibrido di cane e lupo, assumesse rilevanza in ragione dell'impossibilità di assimilarlo al lupo selvatico, così impedendo





l'applicazione tout court della normativa sui risarcimenti per le predazioni da fauna selvatica alle predazioni di tali individui.

In relazione alla presunta violazione della normativa C.I.T.E.S., e per l'effetto alle disposizioni normative contenute nel Regolamento Comunitario 338/1997 e successive modifiche, la specie lupo sarebbe oggetto di massima tutela rispetto alle disposizioni contenute all'interno della summenzionata Convenzione di Washington.

Ma, negli allegati A, B,C,D, contenenti l'elenco delle specie alle quali si applicano le richiamate disposizioni, e in tutto il testo normativo, non è prevista la categoria o definizione dell'ibrido tra cane e lupo.

Ciò rileva in quanto la sottospecie *canis lupus familiaris* risulta addirittura esclusa esplicitamente dall'applicabilità della normativa.

Da tale considerazione derivano corollari ancor oggi privi di consolidata definizione.

In primis la possibilità di applicare un regolamento comunitario all'ibrido (ndr. incrocio) tra una sottospecie inclusa nel regolamento e l'altra dichiaratamente esclusa.

Sotto altro profilo si consideri che l'unico riferimento al termine ibrido viene rinvenuto nella nota interpretativa agli allegati A,B,C,D del Reg. 101/2012, ad integrazione del Reg. comunitario 338/97 e si riferisce in particolare agli ibridi che entro la 4° generazione della loro ascendenza presentino un esemplare contemplato negli elenchi di cui all'allegato A, B, C o D.

Secondo tale disposizione interpretativa, però, viene solamente precisata l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'uno o nell'altro allegato per specie ("selvatiche") esplicitamente sottoposte a tale regime di tutela.

Al di là di tale considerazione irrisolta, ne giunge ulteriore circa l'opportunità di accertare se le disposizioni di cui alla legge 150/92,

le quali fanno esplicito richiamo solo alle prescrizioni del Regolamento CE n. 338/97 del 9 dicembre 1996 e successive attuazioni e modificazioni, possano interpretarsi estensivamente nel senso di comprendere anche tutte le indicazioni e prescrizioni contenute in atti normativi diversi, come nel caso di specie, in una nota interpretativa agli allegati e non in una disposizione compresa nel testo del Regolamento.

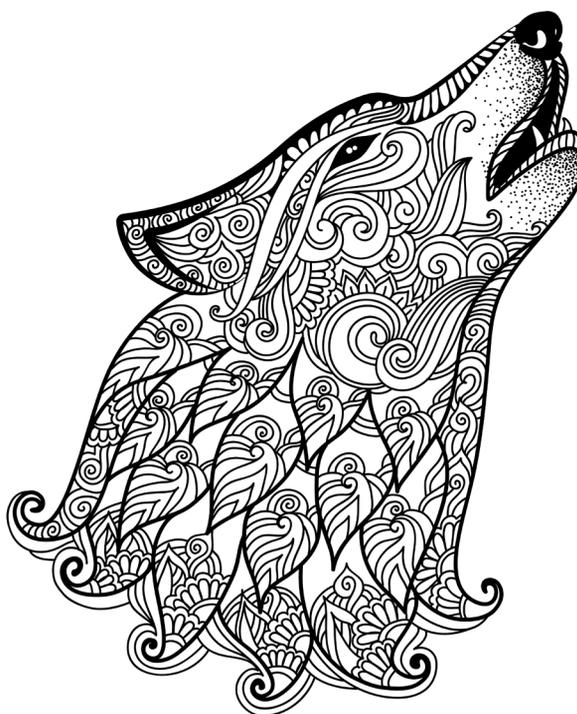
Nel caso di specie, tali disquisizioni interpretative sulla normativa CITES sono rimaste irrisolte ma vista l'attualità, costituiranno senza dubbio materia di approfondimento nel prossimo futuro.

In linea con tale previsione si innesta la presenza di razze canine, alcune anche già riconosciute da E.N.C.I. e F.C.I. (Ente nazionale cinofilia italiana e Federazione Cinofila Italiana), quali il Cane Lupo di Saarloos, il Cane Lupo Cecoslovacco, Cane Lupo Italiano, Cane Lupo Americano etc., le quali si classificano come "ibridi" domestici con recente intromissione di dna di lupo (*canis lupus lupus* e *canis lupus nubilus*) nel cane (pastore tedesco, Siberian Husky, etc), la cui diffusione è in grande ascesa in qualità di cani domestici.

Sulla definizione del caso giuridico esaminato, l'autorità giurisdizionale adita ha definitivamente pronunciato, utilizzando, quindi, l'unico elemento giuridico consolidato, ossia il principio stabilito dalla sentenza della Corte di Cassazione del 2004, sancendo che, essendo l'esemplare di cane lupo ibrido, nella condizione effettiva di qualsiasi animale domestico, non doveva soccorrere alcuna applicazione di normativa sulla fauna selvatica, compresa la C.I.T.E.S., considerando che alcun aspetto biologico ed etologico dell'esemplare riconduceva a tale categoria giuridica ed assimilando così di fatto, l'esemplare in oggetto, ad un qualsiasi animale domestico (C.d.S. sentenza 4639/2014).

D'altronde la citata sentenza appare perfettamente in linea con la novellata definizione di animale domestico introdotta con la Legge 241/2010, recepimento della Convenzione Europea dei Diritti degli animali, laddove all'articolo 1 si definisce animale domestico: "*qualsiasi animale tenuto o destinato ad essere tenuto dall'uomo per compagnia o comunque nel suo alloggio domestico*".

Barbara Paoletti



Il “nuovo” bilancio d’esercizio a seguito dell’adozione in Italia della Direttiva 2013/34/UE: uno schema di sintesi delle principali novità

1. Introduzione

Il D.Lgs.139/2015, emanato in attuazione della Direttiva 2013/34/UE¹, unitamente ai nuovi principi contabili OIC pubblicati nel dicembre del 2016², hanno profondamente innovato la disciplina del bilancio d’esercizio delle società di capitali non soggette agli obblighi informativi IAS/IFRS.

Si tratta in sostanza della “riforma contabile” più significativa degli ultimi decenni, in quanto le nuove norme hanno toccato diversi aspetti del bilancio, dagli schemi di presentazione ai criteri di valutazione, ma anche la classificazione delle imprese in categorie prima non previste. Molte delle modifiche nel seguito commentate avvicinano sostanzialmente la disciplina nazionale a quella internazionale, soprattutto per le Società che redigono il bilancio in forma estesa.

La “campagna bilanci” relativa all’esercizio

2016 è stato il primo momento in cui gli operatori professionali ed aziendali si sono confrontati con la nuova disciplina, in quanto il bilancio chiuso al 31.12.2016 rappresenta il primo interessato dalle nuove regole. Le problematiche principali della prima adozione hanno comportato in particolare la determinazione dell’informazione comparativa (ovvero la riespressione dei numeri dei bilanci 2015 sulla base delle nuove regole³) e la definizione dei criteri di valutazione da applicare alle fattispecie variare rispetto al passato. Obiettivo principale del presente contributo è quello di sintetizzare le principali novità contabili introdotte dal D.Lgs. 139/2015, nell’ottica di fornire qualche spunto di lettura critica dei “nuovi” bilanci.

Nella tabella sottostante sono sintetizzati i principali ambiti interessati dal D.Lgs. 139/2015.



¹ La Direttiva 2013/34 ha abrogato le precedenti quarta e settima Direttiva.

² Tutti gli OIC sono pubblicati e liberamente consultabili dal sito della Fondazione OIC www.fondazioneoic.it.

³ Si rammenta che, ai sensi dell’art. 2423-ter c.c. “Per ogni voce dello stato patrimoniale e del conto economico deve essere indicato l’importo della voce corrispondente dell’esercizio precedente. Se le voci non sono comparabili, quelle dell’esercizio precedente devono essere adattate”.

2. Le principali novità introdotte dal D.Lgs. 139/2015

Segmentazione della disciplina di bilancio

La nuova disciplina di bilancio propone un'informativa differenziata a seconda delle dimensioni dell'impresa, divaricando di fatto gli oneri amministrativi tra imprese ritenute di maggiori dimensioni (per le quali i nuovi obblighi impongono un maggiore sforzo amministrativo) e imprese più piccole (che vedono ridursi le informazioni da riportare nel bilancio).

Le tre nuove classi dimensioni di imprese sono così suddivise:

	Microimprese (art. 2435-ter c.c.)	Piccole Imprese (art. 2435-bis c.c.)	Medie/ Grandi Imprese
Totale Stato Patrimoniale	fino a 175.000 €	fino a 4.400.000 €	oltre 4.400.000 €
Ricavi netti da vendite/prestazioni	fino 350.000 €	fino a 8.800.000 €	oltre 8.800.000 €
Numero medio dipendenti	fino a 10 unità	fino a 50 unità	oltre 50

La facoltà di predisporre il bilancio secondo schemi semplificati rispetto a quelli "ordinari" è stabilita dagli artt. 2435-bis c.c. (bilancio in forma abbreviata) e 2435-ter c.c. (bilancio delle micro imprese). La redazione "semplificata" del bilancio è consentita alle imprese che non superino nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, i parametri sopra riportati. Le semplificazioni riguardano in particolare il dettaglio degli schemi di bilancio (stato patrimoniale e conto economico), l'informativa di nota integrativa, la possibilità di omettere la presentazione del rendiconto finanziario e l'applicazione di alcuni dei nuovi criteri di valutazione.

Nella tabella sottostante vengono riepilogati gli obblighi in capo alle differenti categorie di imprese:

Tipologia Società	Composizione bilancio
Grande (*)	Stato Patrimoniale Conto Economico Nota Integrativa Rendiconto Finanziario
Piccola (**)	Stato Patrimoniale Conto Economico Nota Integrativa
Micro (***)	Stato Patrimoniale Conto Economico

(*) Obbligo di redigere la Relazione sulla Gestione

(**) Applicano il *fair value* per la valutazione degli strumenti finanziari ma non il criterio del costo ammortizzato

(***) Non applicano il *fair value* per la valutazione degli strumenti finanziari e il criterio del costo ammortizzato



Documenti che compongono il bilancio

Il D.Lgs. impone la redazione del *rendiconto finanziario* dal bilancio 2016. Tale documento, prima redatto in via facoltativa ed eventualmente riportato nella nota integrativa al bilancio in forma di prospetto supplementare, fornisce informazioni utili per valutare la situazione finanziaria della Società nell'esercizio di riferimento e in quello precedente, esplicitando come le disponibilità liquide sono state prodotte/assorbite dall'attività operativa, di investimento e di finanziamento. Non esiste uno schema rigido di redazione previsto dal codice civile, quindi le indicazioni utili per la formazione dei rendiconti sono contenute nell'OIC 10, pubblicato a dicembre 2016.

Contenuti schemi di bilancio

L'adozione della Direttiva ha comportato modifiche agli schemi di Stato Patrimoniale e Conto Economico, di cui si sintetizzano di seguito le più significative.

Modifiche allo Stato Patrimoniale

Azioni proprie: non vengono più espresse nell'attivo dello Stato Patrimoniale, ma in una Riserva Negativa a diretta riduzione del Patrimonio Netto.

Costi di ricerca e pubblicità: non sono più capitalizzabili, mentre lo rimangono quelli di sviluppo.

Strumenti finanziari derivati: prima esposti eventualmente nei conti d'ordine (che sono

stati eliminati dagli schemi di bilancio¹), ora vengono esposti in bilancio in specifiche voci nell'attivo o nel passivo.

Modifiche al Conto Economico

Oneri e proventi straordinari: la classe E del Conto Economico viene eliminata dallo schema.

Strumenti finanziari derivati: sono ora previste specifiche voci per gli oneri/proventi derivanti dalle variazioni di *fair value* dei derivati.

Principi di redazione

Nell'art. 2423 c.c. è stato inserito un quarto comma, in base al quale *“non occorre rispettare gli obblighi in tema di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta”*. Con tale previsione il Legislatore ha recepito il principio di rilevanza previsto dalla Direttiva. È importante precisare che la norma non mette in alcun modo in discussione gli obblighi relativi alla tenuta di una corretta contabilità, ma accentua un tema di *“significatività”* delle informazioni di bilancio, che prima non trovava alcun riscontro nelle norme relative alla redazione del bilancio.

Criteri di valutazione

La nuova disciplina di bilancio ha introdotto importanti modifiche ai criteri di valutazione, con particolare riferimento

agli strumenti finanziari derivati e all'introduzione del criterio del costo ammortizzato per la valorizzazione di crediti, debiti e titoli immobilizzati.

Per quanto riguarda gli *strumenti finanziari derivati* (OIC 32), prima esposti solo nei conti d'ordine e dettagliati in nota integrativa, è prevista la loro iscrizione in bilancio² al relativo *fair value* (art. 2426 n. 4 c.c.), con iscrizione della differenza di *fair value* da un esercizio all'altro nel conto economico o a riserva di patrimonio netto in funzione della classificazione dello strumento quale speculativo o di copertura.

I *crediti* (OIC 15), i *debiti* (OIC 19) e i *titoli di debito immobilizzati* (OIC 20) devono essere valutati in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato, quindi non più sulla base del valore di realizzazione, valore nominale o *“costo storico”*. Applicare il criterio del costo ammortizzato significa in sostanza *“ammortizzare”* lungo la durata del credito, del debito o del titolo, secondo una logica finanziaria (calcolando il c.d. tasso di interesse effettivo), gli eventuali costi di transazione, interessi o spese accessorie collegate agli stessi.

Contenuto della nota integrativa

Il contenuto della nota integrativa del bilancio c.d. esteso od ordinario è stato ampliato rispetto al passato. In partico-

2 Si fa presente che il codice civile rimanda agli IFRS per la definizione di strumento finanziario derivato e dei connessi valori. Gli strumenti finanziari derivati trovano esposizione in bilancio sia nell'attivo di stato patrimoniale che nel passivo e patrimonio netto, in funzione della tipologia di strumento e del segno del corrispondente *fair value*.

1 La relativa informativa permane in nota integrativa.



lare, è prevista una nuova informativa per i c.d. costi e ricavi di natura “eccezionale”, che devono essere esposti separatamente e commentati in apposita sezione. Ovviamente sono previste nuove informazioni con riferimento agli strumenti finanziari derivati ed infine alcune notizie prima presentate nella relazione sulla gestione degli amministratori, quali la proposta di destinazione del risultato o gli eventi successivi alla chiusura del bilancio, sono ora da riportare nella parte finale della nota integrativa.

3. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto precede, emerge come il principale cambiamento all’impianto normativo del codice civile consiste nell’affermarsi di un approccio basato sui profili dimensionali delle società, per cui al decre-

scere delle dimensioni aziendali corrisponde la progressiva semplificazione delle regole di redazione del bilancio. Si realizza in questo modo una differenziazione del set di regole contabili adottato per classi dimensionali delle società: le imprese medio-grandi, le imprese piccole e le micro-imprese. La scelta del legislatore nazionale è stata, dunque, quella di calibrare le previsioni di legge in materia di bilancio in base all’operatività delle varie tipologie di imprese ed alle effettive esigenze dei loro *stakeholder*.

Le novità introdotte nella disciplina civilistica sono tante e significative, sia in termini formali che sostanziali, e rendono il nuovo bilancio per le imprese medio-grandi più in linea con le migliori prassi a livello internazionale, ovvero i principi IAS/IFRS.



Veronica Tibiletti

Professore Associato di Economia Aziendale - Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali - Università di Parma

veronica.tibiletti@unipr.it





segnali di fumo



il diritto preso sul serio



il diritto preso sul ridere

Ai posteri !

Una successione ereditaria complicata.

Avvocati, notai, commercialisti, geometri –oltre ad una pluralità di giudici- intenti a studiarne le possibilità di scioglimento. Tantissimi professionisti, una ventina ed oltre, perché spesso si avvicendano: qualcuno viene revocato, qualche altro si arrende, logorato dalle vicissitudini, ma soprattutto dai propri clienti. In questo frangente un professionista telefona ad altro. Facciamo conto un notaio ad un avvocato.

Il notaio, dopo aver sunteggiato lo stato dell'arte, affranto chiede: "Avvocato, secondo lei come andrà a finire?"

L'avvocato tergiversa, dice che se gli eredi fossero persone ragionevoli si potrebbe chiudere subito, ma si sa, questi sono tutti matti, perciò ogni prognosi è possibile. Poi, come una clausola di stile, aggiunge "Ai posteri *puntini puntini*" di sospensione percettibili via cavo. E mette giù il telefono.

Ma dopo qualche secondo il notaio ritelfona: "la linea si è interrotta mentre lei stava dicendo una frase. Potrebbe completarla?"

Impareggiabile humor inglese – mettiamola così- a cui non può interessare di meno di Manzoni e Napoleone messi insieme!

L'avvocato, a sentirsi così nuovamente interpellato, borbotta qualche goffa spiegazione.

Intanto, sono passati da allora 10 anni, dell'ardua sentenza nemmeno l'ombra.



Le traversie di Gino nelle spire della burocrazia: quando *switching* non fa rima con *default*.

.....

1. Dall'autarchia alla esterofilia – intermezzo: non sono solo canzonette.

Gli italiani sono oggi assai proclivi ad adottare il lessico anglosassone nei rapporti amichevoli e familiari, nelle competizioni sportive, nelle pratiche commerciali e finanziarie (*factoring, leasing, swap....*) e perfino nelle normative di nostra produ-

zione per la particolare tecnicità della materia, anche se hanno per destinatari solo i nostri cittadini.

Mutevolezza dei costumi! Un regime fa era partita la bonifica autarchica linguistica, di imperio però. Fu facile per la diva Wanda appoggiare una i al suo cognome: Osirisi. Per restare nell'ambiente Rascel divenne Rascele, con pericolose assonanze. Salutò lo scoppio della guerra con "è arrivata la bufera, è arrivato il temporale". Kramer divenne Cramer. Ma, meno prudente, compose una filastrocca in dialetto milanese, dal titolo eloquente "*crapa pelada la fa i turtei, ghe ne dà minga ai so' fradei*". Ma suscitò scalpore più che altro perché fu la prima canzone di jazz con la fisarmonica. E Kramer fu messo fuori dalla EIAR.

Ben più sfortunato il trio Lescano, già pregiudicato dall'origine





olandese (Leschan), peggio, ebraica, ma soprattutto per l'accoppiamento con parolieri incauti. "Maramao perché sei morto" fu sospettato, con la complicità dei soliti scherzi goliardici livornesi, di riferirsi a Costanzo Ciano, da poco morto in quella città, laboratorio di grandi mutamenti politici, che è Livorno: insomma il padre di quel Galeazzo che ebbe fulgida ascesa e tragico destino. Per buona sorte "Pippo Pippo non lo sa" (trattasi di Starace), e finì lì.

Il colpo definitivo lo assestò "Tulli-tuli pan" che evidentemente si riferiva al fiore della terra delle gemelle. La Gestapo vi lesse un messaggio speciale sovversivo, le tre furono ammanettate in un teatro di Genova e scomparvero dalla circolazione, ma scampate dai campi di concentramento. Si ricorda solo la maggiore, Alessandra, che è sepolta qui vicino, a Salsomaggiore.

(Per chi si compiace di queste lepidozze l'autore, Panzeri + 2, ben altrimenti si espose con "è lui, è lui, si si è proprio lui" -ma chi?-"il tamburo principale della banda d'Affori che comanda 550 pifferi", esattamente quanti erano i componenti della Camera dei fasci e delle Corporazioni).

Ambrosiana in luogo di Internazionale, pellicola in luogo di film. Per non parlare della campagna per il voi, che trovò avvantaggiati i meridionali. Alt! anziché Stop!: solo la parola "sportivo" da "sport" resistette ad un insignificante "diporto".

Cambiò il linguaggio, ma la burocrazia, anche quella di organismi preposti a servizi di pubblica uti-

lità, é rimasta autarchica. Chiusa, tetragona, arcigna, magari solo per insipienza ed inerzia, spietata persecutrice dei cittadini, irretiti in un labirinto di carte bollate, bollette, regolamenti disapplicati dalle stesse autorità, spiegazioni rifiutate o contraddittorie, rimandi ad altri soggetti coinvolti.

OK, dopo una sfilza di incomprendibili KO.

Siamo così tornati all'esterofilia odierna, manto gattopardesco di una immutata realtà.

Tutto questo preambolo di "alleggerimento" per raccontare le avventure in cui può incorrere un qualsiasi intestatario di utenze come luce, acqua, gas ecc. e per agevolare i colleghi che dovessero patrocinare un cliente caduto in simili frangenti; nonché per raccomandare i giudici di andare in fondo a queste situazioni, recidendo il male alla radice. Poiché l'amico e cliente Gino dopo quattro anni è ancora in stato di *default* per utenza di gas, nonostante un provvedimento ex art. 700 c.p.c. definitivo del Tribunale di Parma, completamente a lui favorevole. Le ditte fornitrici e di distribuzione dopo un provvisorio OK ora persistono, secondo il gergo, nel KO.

E tutto è rimesso alla A.E.E.G.S.I. Qualche cenno sulla normativa.

.....

2. La normativa della A.E.E.G.S.I.

La A.E.E.G.S.I. (Autorità Energia Elettrica Gas Servizi Idraulici) è stata istituita con legge n. 481/1995 contenente "norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità". E' annoverata tra le Autorità Indipendenti.

Decide a fronte di reclami, istanze e segnalazioni di consumatori e utenti nei confronti dei gestori del servizio (art. 2 lettera m). I procedimenti possono essere avviati su iniziativa delle parti o anche d'ufficio.

Come tutte le Autorità Indipendenti, sottrae poteri all'esecutivo

ed agisce nell'ambito di competenza, con discrezionalità (relativa) a ragione della tecnicità della materia di cui si occupa, rappresentando una posizione di terzietà rispetto all'amministrazione pubblica, che in tal modo viene sollevata da compiti troppo specifici, e agli imprenditori concorrenti.

Le A.I., oltre a quelli organizzativi emanano regolamenti indipendenti nel settore di competenza, o delegati per legge, con evidente e diversa collocazione rispetto alle norme primarie (Merusi - Passaro "Le autorità indipendenti" Ed. Il Mulino). In ogni caso la discrezionalità tecnica di cui godono non può eccedere la delega, se esiste, o essere in contrasto con le norme primarie se trattasi di regolamento indipendente (così ampiamente la giurisprudenza amministrativa).

Nella fattispecie la A.E.E.G.S.I. ha emanato due regolamenti il T.I. V.G. (Testo Integrato Vendita Gas) e il T.I.M.G. (Testo Integrale Morosità Gas). E' dunque evidente che non possono essere violate né le leggi primarie né i regolamenti delle Autorities.

Va pure ricordato che con il Dlgs. N. 167/2000, detto decreto Letta, è stato liberalizzato il mercato del gas, separando l'attività di vendita da quella di distribuzione, per cui le società di vendita del gas debbono necessariamente rivolgersi alle società concessionarie del servizio pubblico di distribuzione per l'attivazione e la disattivazione e la gestione tecnica degli impianti e dei misuratori, affinché intervengano nella sospensione o interruzione delle forniture, per attivare il servizio di *default* per cessazione amministrativa da morosità del cliente finale, per la tempestiva disalimentazione fisica del punto di riconsegna (*pdf*).

Si apre così il transitorio servizio di *default* affidato ad un fornitore designato preventivamente per pubblica selezione sul territorio, il *pdf*. Trascorsi 5 mesi ove non si siano verificate le condizioni per il ritorno al mercato di libera concorrenza, la società di distribuzione, su richiesta del fornitore del servizio di *default*, è tenuta a disattivare il contatore, anche in forza di provvedimento giudiziale



foto di Edoardo Fornaciari (g.c.)
"l'Archivio di Stato"





quando il pdr non sia disalimentabile (posto in luogo non accessibile, di proprietà dell'utente non collaborativo): art. 32.2 TIVG lettera b; art. 35.4 TIVG; art. 35.5 TIVG; art. 40.2 TIVG. Trattandosi di azione a tutela di finalità pubbliche, in particolare dell'art. 32 Cost., stante la impossibilità di provvedere alla manutenzione del contatore disalimentando, e tuttavia ancora connesso alla rete, di questa azione è fatto carico alla impresa di distribuzione, pena la erogazione di sanzioni a suo diretto carico.

Da qui quel *fumus boni juris* che la assiste nella procedura ex art. 700 c.p.c. normalmente praticata in questi casi.

Ma i regolamenti dicono dell'altro, in via antecedente. E cioè: l'impresa fornitrice deve innanzitutto provvedere alla costituzione in mora dell'utente ai sensi dell'art. 11.1 lettera b e dell'art. 15.2 del TIMG (la costituzione in mora a mezzo racc. r.r. deve essere corredata dalla indicazione del termine ultimo entro cui il cliente è tenuto a provvedere al pagamento, termine non inferiore a 10 giorni dal ricevimento della racc. a.r., l'avvertenza che nel caso di cessazione amministrativa per morosità di un punto di riconsegna non disalimentabile l'impresa di distribuzione provvederà alla attivazione dei servizi di ultima istanza, cioè della procedura di default, le modalità con cui il cliente può comunicare l'avvenuto pagamento ect..).

Di seguito l'art. 16: a T.I.M.G. (allegato A): "la richiesta di cessazione amministrativa per morosità relativa ad un punto di riconsegna non disalimentabile non può essere presentata nei casi in cui non è stata presentata la comunicazione di cui al comma 15.1 nei modi ivi previsti (cioè con la costituzione in mora per la raccomandata con termine non inferiore a 10 giorni - art. 19). Inoltre il punto c) dell'art. 15 prevede come condizione che: "l'importo del mancato pagamento sia inferiore all'ammontare del deposito cauzionale o della garanzia equivalente applicata dall'esercente la vendita ai sensi dell'art. 11 della deliberazione n. 229 e comunque inferiore ad un ammontare equivalente all'importo

medio stimato relativo ad un ciclo di fatturazione".

Non solo: entrato l'utente nello stato di default, la *pdf* che si surroga in questo transitorio periodo, applicando tariffe superiori e condizioni gravose trattandosi di clienti morosi, di cui si tenta il salvataggio attraverso una forma di moratoria, è tenuta a comunicare al cliente il sopravvenire di tale procedura, la precisazione dei termini e le modalità per uscirne: il tutto ai sensi dell'art. 34.2 T.I.V.G. e con riferimento all'art. 32.2 lettera b, a mezzo raccomandata.

E per uscirne l'utente deve provare con date modalità di aver sanato la morosità e di aver stipulato un nuovo contratto di fornitura in mercato di libera concorrenza.

E se il nuovo contraente dovesse accertare che lo stato di default persiste, potrà revocare l'istanza di subentro (*switching*) ai sensi dell'art. 8.2 T.I.V.G.

Va da sé che è necessario occuparsi pur sempre dei rapporti fra i regolamenti e la legge ordinaria, massime del codice civile in materia di somministrazione e responsabilità contrattuale, per verificare che i primi non contrastino con le norme primarie, nel caso prevalendo queste ultime.

Poco di edito nella giurisprudenza civile a questo riguardo. Campeggia sul sito Altalex una ordinanza del Tribunale di Cremona 10.10.2014, la quale premette che il rapporto dedotto in giudizio appare inquadrabile nell'ambito del contratto di somministrazione, ma presenta delle peculiarità derivanti dalla scissione tra distributore, utente e cliente finale. Si ha dunque una connessione soggettiva tra due contratti, il contratto a monte (distributore - utente) e quello a valle (utente - cliente), ma anche una derivazione di questo da quello" (*il primo rapporto sembra invece da contatto sociale, ndr*). Ciò premesso, aggiunge che "in tale rapporto rimangono valide le regole generali del codice civile, e, segnatamente, gli artt. 1564 - 1565 c.c., in particolare il presupposto generale per poter sospendere il servizio, della morosità di lieve entità (previa diffida), nonché, per risolvere il contratto, l'inadempimento di notevole importanza". "Se

così è - prosegue - deve dirsi che nella specie l'odierno ricorrente non ha fornito la prova della morosità del debitore, ma neppure della sua entità, cosicché rimane impossibile ogni valutazione sulla sussistenza dei presupposti fondanti il diritto di recesso del venditore".

E così, contestualizzando i regolamenti dell'Autorità: "Si aggiunga che le conseguenze della morosità del cliente finale hanno aggiunto una disciplina di rango secondario", che è quella sopra richiamata.

Rileva l'ordinanza che "apparentemente si tratta di norme volte in parte a specificare in parte a derogare il contenuto degli artt. 1564 e 1565 c.c., ma la normativa secondaria non può integrare o derogare alle fonti primarie senza una specifica delega che a ciò le autorizzi espressamente, delega che però nel dlgs. N. 164/2000 né nell'art. 7 lettera c. n. 93/2011 può rinvenirsi": esattamente come sopra si è anticipato.

Ne seguiva, in quella fattispecie, che mancava sia la prova del debito che della sua entità in relazione all'art. 1455 c.c., il tutto a carico della impresa, né di alcun altro elemento soggettivo che potesse costituire presupposto e fondamento del diritto potestativo del gestore di sospendere / interrompere il servizio.

Si distacca in parte la più recente sentenza Tribunale di Alessandria 13.04.2015 (quasi uno spareggio da Lega Pro tra Cremonese e Alessandria), secondo cui l'unica controparte del cliente finale è il fornitore, e alla società distributrice, per il principio di vicinanza della prova, non spetta dimostrare l'inadempimento, ad esempio previa acquisizione delle prove da richiedersi al venditore, (*tuttavia diverse in questo senso le esortazioni della A.E.E.G.S.I. in molte sue circolari ndr*).

Spetterebbe al cliente finale dimostrare che egli non era indampiente. In ogni caso, però, emerge il rapporto sottostante fornitore - utente finale ove la responsabilità contrattuale tra queste parti costituisce presupposto della domanda di disattivazione dedotta dal terzo, il distributore.

Si chiede però la citata Trib. Alessandria che cosa accadrebbe se il





cliente finale si costituisse in giudizio fornendo dimostrazione del suo perfetto adempimento: in tal caso il ricorso del distributore sarebbe da rigettare e il distributore dovrebbe rivolgersi al venditore (e/o aggiungiamo ad altri soggetti, eventualmente responsabili) per il ristoro del danno subito a causa della infondata richiesta di disalimentazione. Nulla in questa sentenza è ipotizzato per la violazione delle norme regolamentari perché non ricorrente.

.....

3. Il caso: istantanea o youtube?

Quando l'amico Gino si è visto piovere per mano dell'impresa che lo riforniva del gas un fascio di bollette arretrate, che per difficoltà interne della venditrice quest'ultima non aveva potuto recapitare tempestivamente – quindi per motivi riconducibili alla propria disorganizzazione – non avrebbe potuto immaginare quanto sarebbe accaduto. Non avendo disponibilità liquide immediate, ha pagato un acconto, e nel contempo ha chiesto una rateizzazione, senza ricevere alcuna risposta, esattamente come insegna l'art. 1175 c.c.. Poi si è visto recapitare altre bollette senza notare che la fornitrice era altra, praticava tariffe superiori, con presunzione di consumi e quindi anticipi maggiori rispetto alla ordinarietà.

Avendo nel frattempo saldato il precedente fornitore, confidava nel ripristino della correttezza dei rapporti. Non era così, ed anzi la società distributrice, dato che il contatore era posto all'interno della casa dell'utente, chiedeva di entrare per controllare l'apparecchio, ciò così si asseriva, ma in realtà per disattivarlo. L'operazione veniva concordemente rinviata confidando l'utente nel saldo appena avvenuto. Dopo di che l'impresa distributrice sul presupposto che il cliente finale era da tempo in stato di default (ma lui non poteva saperlo né avrebbe mai potuto come si vedrà), ed essendo trascorso molto tempo dal termine ultimativo fissato dal regolamento, adiva il Tribunale di Parma per ottenere ex art. 700 c.p.c. la condanna dell'utente a sog-

giacere alla rimozione anche forzosa del contatore. Freddo in casa e senza cucinare.

Che cosa era accaduto?

Che il primo fornitore, preteso creditore, aveva immediatamente chiesto alla società distributrice la messa in stato di default del cliente, omettendo di costituirlo in mora con tutti i precetti e le indicazioni previste dal regolamento ut supra. Sicché il nostro Gino non ci aveva capito nulla, e solo dopo il ricorso si era reso conto di essere entrato in una spirale da cui non facilmente poteva uscire.

Ma si era verificata anche un'altra omissione: la *pdf* subentrata per regolamento nella fornitura, non aveva notiziato l'utente di essere entrato in stato di default, nei termini previsti dal regolamento in quanto, accerterà poi la A.E.E.G.S.I., la raccomandata era stata inviata ad altro indirizzo.

Tuttavia il nostro era tranquillo perché poteva dimostrare di aver pagato, ed intanto adempiva all'altra condizione, stipulando un nuovo contratto di fornitura con diverso fornitore. Dimostra pertanto con le dovute produzioni in giudizio l'avveramento delle condizioni prescritte dal regolamento per uscire dal default.

Colpo di scena. Replica la società distributrice ricorrente nel procedimento d'urgenza: sarà pur vero che non siete stati mai morosi o avete sanato la morosità, ma a me non interessa nulla. Interesserà semmai nel vostro rapporto con la società fornitrice. Per noi siete in default fino a quando non ce lo comunichi la *pdf* in modo formale e documentale. Come si vede, siamo in una posizione diversa da quella contemplata dallo stesso Tribunale di Alessandria, che si limita soltanto ad una inversione dell'onere della prova, che per altro qui è stato assolto.

Di violazione dei regolamenti da parte delle due società fornitrici alla ricorrente non sembra minimamente interessare.

A questo punto l'utente finale reagisce con un esposto alla A.E.E.G.S.I. non contro la società distributrice, il che comporterebbe una inammissibile duplicazione di controversia, bensì nei confronti dei due ultimi fornitori,

quello asseritamente in credito e il *pdf*. Si apre così l'istruttoria amministrativa.

Nel frattempo, e richiesta dal Giudice, la *pdf* comunica che il nostro Gino è ancora in default. La questione allora si sposta: ma perché dato che ha conseguito i requisiti necessari per uscirne? Nessuna delle ditte fornitrici interessate ritiene di dare una risposta, forse non vuole. Va da sé che alla impresa distributrice, di contro a qualsiasi logica, tutto questo non interessa.

Di più: arrivano le gravose bollette della *pdf* come immediata conseguenza del persistere del default, e di fronte ai nostri reclami una impiegata della stessa venditrice telefona al legale di Gino suggerendo di non pagare fin tanto che il giudizio non sia definitivo. Bene: tutto quello che lei mi dice me lo metta per iscritto. "Noi ad una impresa in default non scriviamo".

Ci aveva detto qualcuno che conosce l'ambiente e ha scritto libri al riguardo che queste imprese e la stessa Autorità hanno per caratteristica di riempire i propri ruoli con tecnici tipo geometri ed ingegneri, non hanno uffici legali interni. Figurarsi se riescono ad intendere le differenze tra regolamento e codice civile. E questo sia detto per gli stessi autori delle norme secondarie! Ma qui si va molto al di là.

E' incredibile: alla fine del procedimento d'urgenza, quindi alcuni anni dopo l'ingresso nello stato di default, il primo fornitore, che così indebitamente aveva provocato la cessazione per morosità, scusandosi molto per il ritardo, invia altre bollette, che in parte coincidono con quelle pagate al *pdf* nel periodo di default, in parte sono relative a pagamenti sia pure in ritardo effettuati, in parte, per un altro spicchio, sembrano in relazione a ulteriori controlli a conguaglio.

Quanto a questi ultimi, a parte il ritardo nella richiesta, nulla hanno a che fare con lo stato di default, perché successivi e, ove pure reali non c'è nessun nesso di causalità con quella procedura, semmai solo una controversia tra le parti del rapporto.

Scusate se il racconto diventa troppo ingarbugliato. Nel frattempo





il nuovo fornitore in libero mercato con cui Gino aveva stipulato l'acquisto del gas come condizione per l'uscita dal default, ai sensi dell'art. 8.2. T.I.V.G. revoca la propria domanda di *swiching*.

Perché mai? Perché la *pdf* gli aveva riferito che l'utente era ancora in stato di default. Siamo quindi in un circolo chiuso. Tanto più strano perché attraverso la A.E.E.G.S.I. si acquisisce una scheda nella quale si annota ad un certo momento "annullamento della sospensione per morosità". Come si giustifica questo duplice comportamento se tra un momento e l'altro non è accaduto nulla di nuovo?

La stessa A.E.E.G.S.I. visto l'errore nella dichiarazione del *pdf* che comunica l'inizio del default a soggetto diverso e sconosciuto, la bacchetta in questi curiosi termini: "Come potete riparare al disagio provocato al vostro cliente?". In mezzo a questo caos di conti l'utente Gino viene condotto ad una associazione di consumatori, che consiglia per prudenza un pagamento al primo fornitore di una somma debitamente ridotta, con riserva di ripetizione anche per danni.

A questo punto l'utente, visto il primo tentativo andato a vuoto, stipula un altro contratto in libero mercato con diverso fornitore e qui, forse per l'effetto della "bacchettata ricevuta" *lapdf*, rilasciava allo sportello per il consumatore della A.E.E.G.S.I. una sorta di "contro-dichiarazione" con la quale comunicava la sostituzione a sé di altro fornitore scelto dal cliente in regime di libera concorrenza. "Pertanto a partire dall'01.03.2017 la suddetta fornitura non sarà più fornita in regime di default da parte della scrivente".

Il Collegio, poiché nel primo grado si era verificato un passaggio a vuoto, in sede di reclamo concludeva che la *pdf* aveva trasmesso il contratto di fornitura a questo nuovo venditore (*swiching*) "con implicita la cessazione dello stato di default; inoltre la produzione in giudizio del cit. documento comportava che l'allora ricorrente distributrice era venuta a conoscenza di tale dichiarazione alla quale nulla ha opposto in sede di udienza".

Pertanto il reclamo di Gino veniva totalmente accolto con intergrale refusione delle spese.

Purtroppo il Giudice si era fermato, per così dire, all'ultima "stazione", omettendo di pronunciarsi in via preliminare sulla eccezione di nullità della dichiarazione di default per violazione di norme primarie e secondarie.

Rilievo essenziale perché mentre il Tribunale stava decidendo, la *pdf* cambiava nuovamente idea e, dopo aver dato disco verde al nuovo fornitore, metteva il rosso, costringendo quest'ultimo a revocare la propria domanda di *swiching* ex art. 8.2. Insomma il Tribunale aveva accertato la cessazione della materia del contendere, ma all'utente rimaneva solo la soddisfazione di veder respingere la domanda di esecuzione forzata dell'obbligo di chiudere il contatore, non quella di uscire dallo stato di default. Con la conseguenza di dover ancora pagare tariffe salate alla *pdf*.

Prevale la definizione giudiziale o lo stato amministrativo della pratica? L'istantanea o il *you tube*? Sembra che sia stato il primo fornitore a porre il veto.

Tuttavia non deciderà più la A.E.E.G.S.I. in quanto a partire dal 01.01.2017 sono entrate in vigore nuove regole: se un problema non viene risolto con il reclamo al forn-

tore, il cliente non dovrà più inviare l'ulteriore reclamo allo Sportello, ma è vigente, per le controversie tra clienti finali e gli operatori dei settori energetici, l'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità per una eventuale domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2 comma 24 lettera b) della legge n. 481/95 e ai sensi dell'art. 41 comma 6 lettera c) del Codice del Consumo presso il servizio conciliazione della Autorità, ora esteso agli innumerevoli organismi di mediazione a scelta del proponente. Insomma si ricomincia da capo. Con la differenza che il regolamento della A.E.E.G.S.I. è assai meno flessibile, e soprattutto la condizione di procedibilità non è sanabile.

Ne segue perciò che di fronte a comportamenti così inesperti, sleali e irresponsabili delle reti esercenti pubblici servizi, sarà bene che, dovesse ancora accadere, il nostro Tribunale, come quelli di Cremona ed Alessandria, vada oltre nella decisione acclearando "a monte" se vi sia stato rispetto dei principi di legge e delle norme regolamentari che l'Autorità Indipendente si è data. Non vi sarà più luogo a sotterfugi e a situazioni inconcepibili in una società civile.





La mediazione e la favola di La Fontaine.

Ai colleghi medio conciliatori consiglio sempre di non demordere con le parti per indurle a conciliare, sia che non intendano proseguire nel tentativo sia che rifiutino una proposta conciliativa.

Ricordo che si tratta di una condizione di procedibilità, quindi di un presupposto processuale il cui adempimento deve essere effettivo e puntuale, e non rimesso alla disponibilità totale delle parti riducendo la mediazione da obbligatoria a facoltativa. E quando parlo di parti intendo sia loro personalmente, sia in quanto *rappresentate* da altro soggetto, che non potrà mai coincidere con l'avvocato che le *assiste*. Si è mai visto una persona che assiste sé stessa?

Perché insistere? Perché lo dice la legge. Infatti l'art. 8 primo comma del Dlgs. N. 28/2010 non prevede una interrogazione delle parti sulla loro volontà di proseguire o meno, che finirebbe per risolversi in una sorta di facoltà meramente potestativa, ma un invito "ad esprimersi" sulla sussistenza o meno della "possibilità" di iniziare la mediazione vera e propria in base ad una oggettiva rappresentazione informata di tutti gli elementi utili. Il mediatore non è un notaio, ma è il (pro) motore della conciliazione. Può ad esempio accadere che le parti e gli stessi loro legali non si accorgano di un equivoco di fondo, di fatto o di diritto, magari comune ad entrambi, il cui rilievo può essere idoneo a risolvere la controversia parzialmente o totalmente. Il mediatore buon tecnico può mettere i litiganti presenti di fronte alla realtà, con colloqui riservati o in seduta plenaria.

Se proprio non ce la fa racconti la favola di La Fontaine "L'huitre et les Plaideurs": il Giudice Perrin Dandin decide come arbitro in una controversia tra due pellegrini che disputano a proposito di un'ostrica rinvenuta sulla spiaggia, sostenendo l'uno di averla vista per prima e l'altro di averla per primo annusata: il giudice apre l'ostrica e la inghiotte, assegnando poi una valva a ciascuno!

La favola va aggiornata. I Giudici hanno interesse a veder sgombrato il

loro tavolo da più fascicoli possibile. I pellicani potrebbero essere altri operatori di giustizia. Ma la metafora rende l'idea. Ed è un buon deterrente.



Quando la vita giudiziaria è spericolata.



TRIBUNALE DI MODENA Sezione Penale

Il Giudice, Dott. XXX

Rilevato che il 30/6/2017 risulta fissata la trattazione di quattro procedimenti penali, in quanto giorno tabellarmente assegnato allo scrivente giudicante per la celebrazione delle proprie udienze;

Preso atto della manifestazione canora del cantante Vasco Rossi, avente rilievo internazionale, fissata a Modena il giorno 1 luglio 2017 e degli enormi disagi ipotizzati nel periodo compreso tra il 28 giugno e il 1 luglio 2017, date in cui sarà bloccata la circolazione stradale nel centro storico cittadino, anche in considerazione dell'imponente flusso migratorio previsto per quelle date;

Ritenute pertanto concretamente verosimili, le difficoltà, anche per i testimoni, di recarsi presso le aule di udienza dell'intestato Tribunale, a fronte delle assolute criticità degli spostamenti da e per Modena, previste per quelle date;

Dato atto che tra i procedimenti pendenti a quella data, non ve ne sono a trattazione urgente o non differibile;

Sentito il Presidente di Sezione;

PQM

Dispone il differimento integrale dell'anzidetta udienza monocratica al successivo 22/9/2017 ai medesimi orari, mandando sin d'ora al Pm per la citazione dei propri testi quanto al procedimento Mitimmanage (del quale si chiede venga disposta la contro citazione degli stessi per l'udienza del 30 giugno 2017).

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni al Pm, ai difensori e agli imputati presso i rispettivi difensori.

Modena, 21 giugno 2017

Il giudice farà parte di quel flusso?

Giacomo Voltattorni





CORTE SUPREMA
DI CASSAZIONE

La Cassazione conferma la giurisprudenza del CNF: vietato “pubblicizzare” i nomi dei clienti dello studio

In considerazione della forte valenza pubblicistica dell’attività forense, il rapporto tra cliente e avvocato non è soltanto un rapporto privato di carattere libero-professionale e non può perciò essere ricondotto puramente e semplicemente ad una logica di mercato, sicché anche a seguito del c.d. Decreto Bersani (D.L. n. 223/2006, convertito con L. n. 248/2006) che ha abrogato le disposizioni che non consentivano la pubblicità informativa relativamente alle attività professionali, permane il divieto, nelle informazioni al pubblico, di indicare il nominativo dei propri clienti o parti assistite, ancorché questi vi consentano (*Nella specie, il professionista aveva pubblicato sul proprio sito web l’elenco dei principali clienti assistiti in via continuativa o per questioni particolari. In applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense – pres. f.f. Pichioni, rel. Marullo di Condojanni, sentenza dell’8 aprile 2016, n. 55*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Di Iasi), SS.UU, sentenza n. 9861 del 19 aprile 2017

NOTA:

(*) Interessante e di grande rilievo la sentenza n. 9861 del 19/4/2017 con cui le SSUU della Suprema Corte hanno ribadito quanto ha sempre costituito patrimonio condiviso da tutta l’avvocatura e cioè che il rapporto tra clienti ed avvocati non ha valenza meramente privatistica a carattere libero professionale, ma risente positivamente della “forte valenza pubblicistica” della professione forense.

La regolamentazione in ogni sua parte ed in modo determinante del

rapporto professionale, per quanto riguarda la relativa costituzione o la cessazione, non è rimessa in via esclusiva alle considerazioni di carattere personale od alle valutazioni di natura economica e, quindi, alle volontà dei contraenti.

Ciò in ragione dell’obbligatorietà della difesa tecnica nell’ambito del processo penale, nonché dell’ampiezza dei poteri (e dei doveri) dei procuratori alle liti nell’ambito del processo civile: elementi questi che evidenziano inequivocabilmente quella peculiarità dell’attività forense, giustificata appunto dalla funzione svolta, che è idonea a legittimare le predette limitazioni dell’autonomia contrattuale in un contesto “che non può essere ricondotto pienamente e semplicemente ad una logica di mercato” (pur dopo il cd decreto Bersani).

Sono allora la particolarità del ruolo dell’avvocato ed il suo status pubblicistico, derivante dall’essere “il necessario partecipe dell’esercizio diffuso della funzione giudiziale”, che giustificano, sempre secondo le SSUU, la complessa normativa professionale alla luce del cui valore pubblicistico deve essere valutata la legittimità di quelle previsioni deontologiche restrittive della libertà d’iniziativa.

In applicazione di tali principi, è stata quindi affermata la legittimità della previsione di cui all’art. 17 3° canone del precedente C.D. (ora 35 co. 8) secondo la quale è vietato all’avvocato, nelle informazioni al pubblico, indicare il nominativo dei propri clienti, ancorché questi vi consentano, nell’ottica di una necessaria cautela diretta ad impedire una diffusione che potrebbe riguardare non solo i nominativi dei clienti stessi ma anche la particolare attività svolta nel loro interesse con interazioni di terzi, prestandosi ad interferenze, condizionamenti e strumentalizzazioni.

Significativa e condivisibile risulta infine la distinzione fatta dalle medesime SSUU circa la non assimilabilità tra la cd pubblicità del



dibattimento o della sentenza (che non possono essere segreti, seppur entro precisi limiti), e la pubblicità intesa come propaganda diretta a promuovere presso gli utenti interesse per un prodotto, giacché quest'ultima, appunto, deve essere influenzata nelle sue modalità di svolgimento dalle cautele imposte per l'esercizio della professione forense.

(G.P.)

(**) In senso conforme, Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Broccardo), sentenza del 2 marzo 2012, n. 39, secondo cui "Lo studio professionale deve garantire la riservatezza del cliente, quale esplicitazione del decoro e della dignità che la funzione sociale della professione impone. Tale riservatezza, peraltro, non è rinunciabile da parte del cliente".

Favor rei: la valutazione non deve limitarsi alla sola sanzione edittale

Le norme del nuovo Codice deontologico forense si applicano anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato (art. 65, comma 5, L. n. 247/2012), ma tale valutazione non può limitarsi alla sola sanzione edittale dovendo invero aversi altresì riguardo alle eventuali aggravanti ex artt. 53 L. n. 247/2012 e 22 ncdf (*Nel caso di specie, al professionista era stata comminata la sospensione disciplinare sebbene per la fattispecie contestatagli il nuovo codice deontologico preveda ora la sanzione base della censura. In applicazione del principio di cui in massima, dato atto che il giudice della deontologia aveva espressamente motivato tale sanzione, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 240/2016.*)

Corte di Cassazione (pres. Amoruso, rel. Cirillo), SS.UU, sentenza n. 13456 del 29 maggio 2017

Appello al CNF: il rispetto del termine nel caso di ricorso spedito a mezzo posta

Nel caso in cui l'impugnazione al CNF sia proposta mediante spedizione del ricorso a mezzo raccomandata, è sufficiente che l'atto stesso sia consegnato all'ufficio postale entro il termine di decadenza previsto dalla Legge, non essendo altresì necessario che esso effettivamente giunga al Consiglio territoriale destinatario entro il suddetto termine. Tale principio di c.d. "scissione" opera sia nella previgente disciplina (art. 50 RDL n. 1578/1933), sia nella nuova (cfr. art. 33 Regolamento CNF n. 2/2014, emanato ai sensi dell'art. 50, co. 5, L. n. 247/2012).

Corte di Cassazione (pres. Amoruso, rel. Petitti), SS.UU, ordinanza n. 13983 del 6 giugno 2017



CNF
Consiglio Nazionale
Forense

La corrispondenza tra colleghi non producibile né riferibile in giudizio: presupposti e ratio

L'art. 48 ncdf (già art. 28 codice previgente) vieta di produrre o riferire in giudizio la corrispondenza espressamente qualificata come riservata quale che ne sia il contenuto, nonché quella contenente proposte transattive scambiate con i colleghi a prescindere dalla suddetta clausola di riservatezza. Tale norma deontologica è dettata a salvaguardia del corretto svolgimento dell'attività professionale e -in attuazione della sostanziale difesa dei clienti che, attraverso la leale coltivazione di ipotesi transattive, possono realizzare una rapida e serena composizione della controversia- mira a tutelare la riservatezza del mittente e la credibilità del destinatario, nel senso che il primo, quando scrive ad un collega di un proposito transattivo, non deve es-

sere condizionato dal timore che il contenuto del documento possa essere valutato in giudizio contro le ragioni del suo cliente; mentre, il secondo, deve essere portatore di un indispensabile bagaglio di credibilità e lealtà che rappresenta la base del patrimonio di ogni avvocato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Del Paggio), sentenza del 25 luglio 2016, n. 215

Riforma forense: gli atti interruttivi della prescrizione disciplinare

Il nuovo quadro normativo (art. 56 L. n. 247/2012) tipizza gli atti che hanno efficacia interruttiva della prescrizione disciplinare, limitandoli alla comunicazione all'iscritto della notizia dell'illecito, alla notifica della decisione del consiglio distrettuale di disciplina ed alla notifica della sentenza pronunciata su ricorso dal CNF.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Del Paggio), sentenza del 25 luglio 2016, n. 214

Collega associato nella difesa: l'iniziativa autonoma ai fini della riscossione della parcella costituisce illecito deontologico

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che, associato ad altro collega nello svolgimento dell'incarico professionale, agisca in via del tutto autonoma al fine di riscuotere integralmente le competenze relative alla propria notula, pur nella consapevolezza che talune di tali attività possano interferire o sovrapporsi o duplicarsi con quelle svolte dal codifensore e senza curarsi delle maggiori difficoltà che un tale comportamento possa procurare all'attività di riscossione delle competenze del collega di studio, e che non possa costituire di per sé causa di esclusione di responsabilità la circostanza che un siffatto contegno corrisponde al proprio



diritto di veder remunerata la propria attività professionale.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi), sentenza del 25 luglio 2016, n. 216

La (generica) formazione in proprio non è sufficiente ad assolvere l'obbligo deontologico

L'obbligo di formazione non può ritenersi assolto mediante l'autoreferenziale richiamo ad una generica attività formativa svolta in proprio su materie di interesse (Nel caso di specie, il professionista aveva ritenuto assolto l'obbligo in parola per la consultazione di riviste, libri, banche dati, e la partecipazione a convegni non accreditati).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Amadei), sentenza del 25 luglio 2016, n. 218

L'avvocato non può ricevere né mettersi in contatto diretto con la controparte che sappia assistita da altro legale

Costituisce comportamento deontologicamente scorretto prendere accordi diretti con la controparte, quando sia noto che la stessa è assistita da altro collega (art. 27 cdf, ora art. 41 ncdf). Tale precetto deontologico si riferisce alla intera "assistenza" da parte del legale di controparte a quest'ultima, che (in assenza di revoca o nomina di altro difensore) deve ritenersi estesa anche alle attività immediatamente successive e dipendenti dalla decisione giudiziaria, ancorché il mandato *ad litem* conferito dal difensore della controparte abbia cessato la sua funzione con la conclusione del grado del processo (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima è stata inflitta la sanzione dell'avvertimento).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Siotto), sentenza del 25 luglio 2016, n. 219

La verbalizzazione d'udienza non fedele ai fatti

L'avvocato che si presti alla verbalizzazione d'udienza ha sempre il dovere di fedele trascrizione, costituendo grave illecito deontologico -che compromette pure il rapporto di fiducia tra magistrati e difensori- un intervento sul testo dettato dal giudice senza alcuna esplicita autorizzazione dello stesso, specie in sede di assunzione testimoniale (Nel caso di specie, il professionista aveva aggiunto al verbale la frase "Ma non ricordo bene" attribuendola ad un teste quando questo si era già allontanato dall'aula. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dell'esercizio della professione per mesi tre).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Esposito), sentenza del 25 luglio 2016, n. 231

Azioni contro la parte per il pagamento del compenso: l'uso di documenti conosciuti in ragione del mandato

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che utilizzi documenti avuti in ragione del mandato ricevuto per ottenere la provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo nei confronti del proprio cliente (Nel caso di specie, l'avvocato aveva redatto un ricorso monitorio nel quale erano state riportate notizie attinenti alle condizioni economiche e lavorative dell'ingiunto, conosciute dal legale, in via confidenziale, in occasione dell'espletamento del mandato dallo stesso affidatogli, al fine di ottenere la provvisoria esecutività del decreto. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di mesi due).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Geraci), sentenza del 26 luglio 2016, n. 239

Abilitazione al patrocinio: l'inizio e la fine dei sei anni non sono rimessi alla discrezionalità del praticante avvocato

La durata dei sei anni della abilitazione al patrocinio (art. 8 RDL n. 1578/1933, come modificato dall'art. 10 L. n. 242/1988) non è lasciata alla libera discrezione dell'interessato, ma comincia inesorabilmente a decorrere dal primo giorno del secondo anno successivo all'iscrizione nel registro dei praticanti ed ha termine il giorno corrispondente del sesto anno rispetto a quello della decorrenza, e deve escludersi che tali momenti possano essere rimessi alla scelta soggettiva dell'interessato, giacché l'abilitazione al patrocinio è concessa esclusivamente allo scopo di consentire al praticante un tirocinio più ampio indirizzato ad una migliore preparazione utile per affrontare l'esame di abilitazione e la successiva attività professionale, sicché l'ampliamento del periodo previsto dalla legge, comunque realizzato, anche mediante una o più sospensioni, comporterebbe uno stravolgimento della ratio dell'istituto come concepito dal legislatore e finirebbe con il determinare la previsione di un vero e proprio status professionale concorrente con quello dell'avvocato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. De Michele), sentenza del 29 luglio 2016, n. 283

Favor rei e nuovo codice deontologico: la valutazione della norma deontologica più favorevole all'incolpato

La nuova disciplina codicistica si applica anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevole per l'incolpato (art. 65 L. n. 247/2012). Ne consegue la necessità di valutare la condotta costituente illecito disciplinare prima alla luce delle norme deontologiche così come previste dal Codice



in vigore al tempo del compimento dell'illecito; successivamente, di valutare la medesima condotta alla luce del Nuovo Codice attualmente vigente, e conseguentemente applicare la norma che, in concreto, risulta più favorevole all'incolpato (*Nel caso di specie, l'incolpato era stato sanzionato in primo grado con la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di mesi quattro per aver promosso 52 procedure esecutive nei confronti della controparte in violazione dell'art. 49 cdf previgente. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha applicato la disciplina dell'art. 66 ncdf, ritenuta più favorevole in concreto, conseguentemente convertendo la sanzione disciplinare in censura.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Sica), sentenza del 29 luglio 2016, n. 287

L'invio di fax nel luogo di lavoro della controparte

Non viola il codice *privacy* (in quanto costituisce adempimento di un obbligo, al quale va quantomeno equiparato quello dell'esercizio del diritto), né è deontologicamente rilevante (in quanto non sussiste violazione dei doveri di correttezza e riservatezza), la condotta della professionista che invii alla controparte, presso il fax del suo luogo di lavoro, la corrispondenza relativa alla controversia in corso, in mancanza della prova che ai terzi, ed in particolare ai colleghi del destinatario stesso, sia stato consentito di prenderne visione (*Nel caso di specie trattavasi del ricorso e del decreto del giudice tutelare con il quale veniva fissata l'udienza per la comparizione delle parti, nell'ambito di una controversia in materia di famiglia.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Losurdo), sentenza del 29 luglio 2016, n. 289

L'intempestiva fatturazione dei compensi percepiti

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

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Logrieco), sentenza del 20 ottobre 2016, n. 313

L'obbligo di (corretta, tempestiva e veritiera) informazione al cliente

L'art. 27 ncdf (già 40 codice previgente), nel disciplinare gli obblighi di informazione, impone in ogni caso una corretta e veritiera informazione a prescindere dalla innocuità reale o virtuale delle comunicazioni non corrispondenti al vero. Un rapporto fiduciario quale quello che lega l'avvocato al cliente non può certamente tollerare un comportamento che violi un aspetto essenziale del "rapporto fiduciario" proprio consistente nella completezza, compiutezza e verità delle informazioni destinate all'assistito.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Del Paggio), sentenza del 20 ottobre 2016, n. 318

L'indebito trattenimento del danaro ricevuto dal cliente per un fine diverso dal pagamento della parcella

Integra illecito disciplinare la condotta dell'avvocato che, in assenza di espressa autorizzazione del cliente, trattenga le somme da questo consegnatoli ad altro fine in pretesa compensazione di crediti professionali ovvero le distraiga rispetto allo scopo originario per cui queste erano state consegnate.

Consiglio Nazionale Forense

(pres. f.f. Picchioni, rel. Siotto), sentenza del 12 novembre 2016, n. 328

L'obbligo di corrispondere il compenso al domiciliatario

L'avvocato che abbia scelto o incaricato direttamente altro collega di esercitare le funzioni di rappresentanza o assistenza, ha l'obbligo di provvedere a retribuirlo, ove non adempia il cliente ex art. 43 ncdf, già art. 30 cdf (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Siotto), sentenza del 12 novembre 2016, n. 328

L'obbligo di formazione continua

La formazione continua riguarda non solo l'approfondimento delle conoscenze e competenze professionali già acquisite, ma anche il loro costante accrescimento ed aggiornamento, quindi anche l'apprendimento di materie nuove o solo in parte trattate nei corsi universitari, come la deontologia, le tecniche dell'argomentazione e della persuasione, l'informatica giuridica e amministrativa, le scienze sociali e del comportamento, le tecniche di composizione stragiudiziale delle controversie, quali la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato, l'organizzazione e gestione dello studio legale, le principali lingue straniere parlate nell'Unione Europea.

La formazione continua, oltre alle sue implicazioni giuridiche, culturali ed economiche, presenta anche profondi risvolti a livello etico, in quanto la competenza o "sapienza giuridica" -intesa non come conoscenza integrale delle norme, ma come "capacità di coglierne le distinzioni,





le peculiarità”- è condizione per l’espletamento di una prestazione professionale confacente alle aspettative ed ai bisogni dei singoli e dell’intera comunità, sicché è preciso dovere dell’avvocato accrescere costantemente il proprio sapere, focalizzandolo in relazione ai segmenti della attività professionale nella quale viene ad incardinare il proprio impegno, al fine di contribuire al migliore esercizio della professione nell’interesse del cliente e dell’amministrazione della giustizia.

L’obbligo di formazione continua sussiste per il solo fatto dell’iscrizione nell’albo a prescindere se rifletta, o meno, un esercizio in atti dell’attività e perciò anche se quest’ultima, oltre al caso in cui non è svolta, sia marginale, episodica, discontinua (*Nel caso di specie, il professionista aveva conseguito zero crediti formativi nel triennio. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Geraci), sentenza del 12 novembre 2016, n. 331

L’inadempimento al mandato per assenza all’udienza

In difetto di una strategia difensiva concordata con il cliente, con relativo onere a carico di chi intenda addurla, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante ex art. 26 ncdf (già 38 codice previgente) il difensore di fiducia o d’ufficio che non partecipi all’udienza, a nulla rilevando, peraltro, l’eventuale assenza di concrete conseguenze negative per il proprio assistito giacché ciò non varrebbe a privare di disvalore il comportamento negligente del professionista.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 338

Sanzione disciplinare e favor rei: superato il criterio del “tempus regit actum”

Le norme del nuovo codice deontologico forense si applicano anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l’incolpato, avendo l’art. 65, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recepito il criterio del “favor rei”, in luogo del criterio del “tempus regit actum”, per una primaria esigenza di parità sostanziale, costituzionalmente garantita, tra gli incolpati, stante l’indubbia natura afflittiva della sanzione disciplinare. Conseguentemente, in vigenza dell’attuale sistema ordinamentale (art. 65 cit.) deve ritenersi ormai superato il contrario orientamento giurisprudenziale secondo cui all’illecito disciplinare dovrebbe applicarsi la sanzione vigente al momento in cui l’illecito stesso è commesso anziché quella, successiva, più favorevole all’incolpato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Del Paggio), sentenza del 30 dicembre 2016, n. 382

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Piacci), sentenza del 23 luglio 2015, n. 123, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Tinelli), sentenza del 18 luglio 2015, n. 112.

Con particolar riferimento alla successione nel tempo delle norme del codice deontologico, cfr. Corte di Cassazione (pres. Rovelli, rel. Cappabianca), SS.UU, sentenza n. 3023 del 9 febbraio 2015, e, ancor prima dell’entrata in vigore dell’art. 65 L. n. 247/2012, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. De Giorgi), sentenza del 18 luglio 2013, n. 113, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Pasqualin), sentenza del 15 ottobre 2012, n. 152; Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 27 ottobre 2008, n. 127.

Sull’applicazione dell’opposto -ed ormai più risalente- principio del *tempus regit actum* cfr., per tutte, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Bulgarelli), sentenza n. 31 del 16 marzo 2011.

Processi e mass-media: illecito offrire assistenza legale gratuita in cambio di notorietà “da rimbalzo”

Integra illecito disciplinare il comportamento dell’avvocato che, al fine di ricavarne una possibile notorietà, offra assistenza legale gratuita alle parti di un fatto di cronaca di grande clamore mediatico (*Nel caso di specie, il professionista aveva scritto ai familiari delle vittime di un crimine molto noto ai mass-media, proponendosi come legale per la costituzione di parte civile, che -in caso di effettivo conferimento dell’incarico professionale- sarebbe stata totalmente gratuita. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 30 dicembre 2016, n. 390

Pubblicità professionale: la valutazione deontologica riguarda i contenuti, più che lo strumento usato per diffonderli

I principi in tema di pubblicità di cui alla legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani), pur consentendo al professionista di fornire specifiche informazioni sull’attività e i servizi professionali offerti, non legittimano tuttavia una pubblicità indiscriminata avulsa dai dettami deontologici, giacché la peculiarità e la specificità della professione forense, in virtù della sua funzione sociale, impongono, conformemente alla normativa comunitaria e alla costante sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, le limitazioni connesse alla dignità ed al decoro della professione, la cui



verifica è dall'Ordinamento affidata al potere – dovere dell'ordine professionale.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 30 dicembre 2016, n. 391

Avvocato domiciliatario: PCT e PEC non bastano ad escludere il conflitto di interessi

Anche il domiciliatario deve uniformarsi ai doveri di lealtà, correttezza, imparzialità ed indipendenza, sicché non può accettare incarichi contro propri clienti, a nulla rilevando che si tratti di procedimenti celebrati telematicamente mediante PCT e PEC ovvero con potenziale attività diretta del dominus, la quale infatti non elide né scrimina il conflitto, anche solo potenziale, di interessi in quanto, più che la forma giuridica nella quale viene svolta la collaborazione fra colleghi, assume rilevanza il rapporto stesso di collaborazione continuativa e pubblica, tale da indurre chiunque a dubitare dell'autonomia di determinazione dei professionisti partecipi al sodalizio che si trovino a tutelare soggetti con posizioni opposte (*Nel caso di specie, il professionista veniva sanzionato perché domiciliatario in una causa contro un proprio cliente, ritenendo che l'attività richiestagli fosse "puramente materiale e passiva", nonché del tutto marginale in ragione dell'uso diretto di PCT e PEC da parte del dominus, che tuttavia aveva sostituito in un'udienza. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato l'eccezione, confermando la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di mesi quattro.*

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Merli), sentenza del 31 dicembre 2016, n. 393

La violazione del segreto professionale dopo la cessazione dell'incarico

Il dovere di segretezza e riservatezza non cessa alla conclusione dell'incarico ma persiste anche dopo la conclusione dello stesso (Nel caso di specie, il professionista, assunto quale teste in altro giudizio, aveva riferito di fatti appresi nel corso del precedente mandato ed in particolare che la sua cliente fosse a suo dire "un po' affetta da mania di persecuzione" e da "una sorta di compulsività maniacale". In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di mesi due).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Merli), sentenza del 31 dicembre 2016, n. 395

L'inadempimento delle obbligazioni nei confronti dei terzi

L'inadempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio della professione forense configura automaticamente l'illecito disciplinare, mentre l'inadempimento delle obbligazioni estranee all'esercizio della professione assume carattere di illecito disciplinare, quando, per modalità o gravità, sia tale da compromettere la fiducia dei terzi nella capacità dell'avvocato di assolvere ai propri doveri professionali.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Salazar), sentenza del 31 dicembre 2016, n. 402

La compensazione (con obbligo di rendiconto): quando l'avvocato può trattenere per sé le somme riscosse per conto del cliente

L'avvocato è tenuto a mettere immediatamente a disposizione della parte assistita le somme riscosse per conto di questa (art. 31 ncdcf, già 44 cdf), fatto salvo il con-

senso prestato dal cliente in modo specifico e dettagliato (dovendo egli conoscere l'esatto contenuto dell'obbligazione), ovvero quando si tratti di somme liquidate in sentenza a carico della controparte a titolo di diritti e onorari ed egli non le abbia ancora ricevute dalla parte assistita. Tali ipotesi non fanno venir meno il dovere di rendiconto che deve, anzi, essere più puntuale e dettagliato proprio in virtù della coesistenza di reciproci rapporti di debito e credito.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi), sentenza del 23 gennaio 2017, n. 2

Abolizione della sanzione disciplinare della cancellazione e principio del favor rei

L'indubbia natura afflittiva della sanzione disciplinare induce a ritenere applicabile il principio generale del *favor rei*, per una primaria esigenza di parità sostanziale, costituzionalmente garantita, tra gli incolpati. Conseguentemente, in vigenza dell'attuale sistema ordinamentale (art. 65 L. n. 247/2012) deve ritenersi ormai superato il contrario orientamento giurisprudenziale del "tempus regit actum", secondo cui all'illecito disciplinare dovrebbe applicarsi la sanzione vigente al momento in cui l'illecito stesso è commesso anziché quella, successiva, più favorevole all'incolpato (*Nel caso di specie, il professionista veniva condannato dal Consiglio territoriale alla sanzione disciplinare della cancellazione. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio professionale per la durata di anni uno.*

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi), sentenza del 23 gennaio 2017, n. 2

Mancato pagamento dei contributi annuali dovuti al Consiglio dell'Ordine: giurisdizione e sospensione amministrativa

Il fatto che il contributo annuale per l'iscrizione al COA di appartenenza abbia natura tributaria non comporta che la questione concernente l'incidenza del mancato pagamento dello stesso sul diritto del professionista al mantenimento dell'efficacia dell'iscrizione si risolva in una controversia che debba essere devoluta alla giurisdizione del giudice tributario: ciò che viene in discussione, infatti, è l'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'iscrizione all'albo e per poter esercitare la professione, non anche la legittimità della pretesa del pagamento del contributo previsto dalla legge quale onere gravante sul professionista per effetto dell'iscrizione all'albo, sicché si rimane nell'ambito di questioni che rientrano appieno nella competenza dei Consigli dell'ordine e, in sede di impugnazione, del Consiglio nazionale forense, non essendo in alcun modo predicabile la giurisdizione del giudice tributario.

Il mancato pagamento dei contributi annuali dovuti al Consiglio dell'Ordine

L'iscritto che non versi al proprio COA nei termini stabiliti il contributo annuale è soggetto alla sanzione amministrativa della sospensione a tempo indeterminato dall'esercizio della professione, previa contestazione dell'addebito e sua personale convocazione (art. 29 L. 247/2012), inflitta con provvedimento non avente natura disciplinare ma comunque adottata secondo le forme del procedimento disciplinare, in analogia con quanto previsto dall'art. 17 L. n. 576/1980 (sospensione dall'esercizio della professione per inadempimento dell'obbligo di invio alla Cassa di Previdenza del modello 5). Detto provvedimento è dotato di efficacia

immediata e priva, fin dal momento della sua adozione, l'avvocato che ne venga colpito, del diritto di esercitare la professione, senza che, con riferimento ad esso, possa ritenersi realizzabile l'effetto sospensivo – correlato all'impugnazione dinanzi al Consiglio nazionale forense – previsto, per i provvedimenti applicativi di altre e diverse sanzioni disciplinari, dall'art. 50 comma sesto del R.D.L. n. 1578 del 1933. Da ciò consegue l'illegittimità di un eventuale reclamo proposto in proprio, dinanzi al Consiglio nazionale forense, dall'avvocato sospeso, avverso il provvedimento disciplinare adottato dal locale Consiglio dell'ordine (*In applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense -pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona, sentenza del 11 giugno 2016, n. 153*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Petitti), SS.UU, sentenza n. 7666 del 24 marzo 2017



L'avvocato deve sempre mantenere un'alta moralità ed una condotta irreprensibile.

In caso di condanna per reato la radiazione o il diniego di iscrizione all'Albo sono leciti e non in contrasto con l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Aver scontato la pena non implica ipso iure aver recuperato un'alta moralità.

Tacere una pregressa condanna compromette la moralità dell'autore della omissione.

CEDU, sentenza 27 giugno 2017 caso Lekaviciene v. Lithuania (ric. 48427/09)

CEDU, sentenza 27 giugno 2017 caso Jankauskas v. Lithuania (ric. 50446/09)

Così ha sancito la Corte Europea dei diritti dell'uomo in due recenti sentenze riguardanti l'iscrizione all'Albo forense nella Repubblica di Lituania. Nel primo caso un avvocato, poco dopo aver chiesto ed ottenuto la cancellazione dall'Albo tenuto dal BAR (l'equivalente del nostro CNF), è stato condannato per falsificazione di documenti e frode al pagamento di una pena pecuniaria; trascorsi tre anni il soggetto ha fatto richiesta per essere riammesso all'Albo forense, ma il BAR ha rigettato la richiesta per non aver il soggetto un'alta moralità (art. 8 dell'ordinamento forense lituano). Nel secondo caso un praticante avvocato aveva taciuto nella domanda di iscrizione all'Albo una condanna a quattro anni e sette mesi di reclusione per abuso d'ufficio e corruzione compiuti durante la sua pregressa attività di poliziotto, già scontata e non menzionata nella fedina penale; scoperta la pregressa condanna il BAR ha avviato un procedimento disciplinare concluso con la radiazione dall'Albo per mancanza di alta moralità.

Come si legge nelle due sentenze della CEDU gli avvocati ed i praticanti partecipano all'amministrazione della giustizia tutelando i diritti altrui, tra cui il fondamentale diritto di difesa. I cittadini devono avere fiducia nell'amministrazione della giustizia, devono quindi poter fare affidamento nell'abilità della professione legale di provvedere loro una effettiva rappresentanza. L'avvocato deve svolgere la propria professione con **dignità, onore, onestà, discrezione, rispetto per i colleghi e rispetto per una equa amministrazione della giustizia**. Solo persone di elevata moralità possono prendere parte al processo di rafforzamento della giustizia e del ruolo della legge.

La radiazione o il diniego di iscrizione all'Albo forense di un avvoca-



to o di un praticante, non consentendo la prosecuzione della propria attività lavorativa, influenzano la capacità di sviluppare relazioni con il mondo esterno e sono da considerarsi limitazioni del diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata ai sensi dell'art. 8, comma 1 Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il successivo comma 2 sancisce che *“non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”* Per la Corte Europea dei diritti dell'uomo *“misura necessaria alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”* è da considerarsi l'art. 8 della legge professione lituana che richiede per l'avvocato ed il praticante l'obbligo di alta moralità.

Secondo l'Alta Corte nel primo caso trattato l'aver scontato una pena (anche solo pecuniaria) a seguito di una condanna penale non implica *ipso iure* l'aver recuperato un'alta moralità; ma solo dando al BAR (a cui spetta il compito di decidere) effettiva prova di aver recuperato tale moralità si potrà tornare ad esercitare o chiedere una nuova iscrizione all'Albo forense. Nel caso di specie l'Alta Corte, inoltre, concorda con le autorità lituane sul fatto che l'essere trascorsi solo tre anni dalla condanna (oltretutto per reati compiuti nello svolgimento della professione forense) alla domanda di riammissione all'Albo non è sufficiente per riguadagnare quella elevata moralità che si chiede a chi svolge una professione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia.

Nel secondo caso l'aver taciuto una pregressa condanna, sebbene

la legge espressamente non richieda ciò al momento della presentazione di una domanda di iscrizione all'Albo in qualità di praticante, fa venir meno quel rapporto di onesta collaborazione e rispetto reciproco tra il BAR e colui che esercita la professione forense e di conseguenza anche la moralità dell'autore dell'omissione, per cui la radiazione è giusta e non in contrasto con l'art. 8 della Convenzione.

p.b.





Anno XXVI numero due (settantaseiesimo della serie) giugno 2017

Questo numero usa il carattere

Sabon
Aa Ee Rr a
Aa Ee Rr a
ı:ı In the beginning
abcdefghijklm
nopqrstuvwxyz
0123456789

sbn

Il Sabon venne disegnato dal tipografo Jan Tschichold, svizzero di nascita ma tedesco d'adozione, attivo tra il 1947 e il 1949. Durante questi anni si trovò a lavorare in Inghilterra, dove fece da supervisore di numerose copertine per Penguin Books.

Realizzato sulla base del Garamond (viene spesso associato al concetto di “rinascita dello stile Garamond”), l'unicità di questa font sta nei “pesi” romani, corsivo e grassetto che hanno tutti la stessa larghezza quando vengono composti.

Un'altra peculiarità del Sabon, considerato un grande “classico” della storia delle font è l'uniformità delle sue terminazioni.

www.iprintdifferent.com

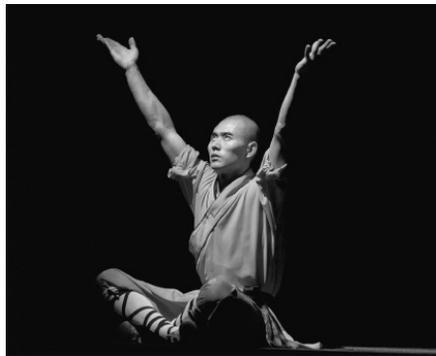


foto in copertina di Luca Monducci
www.monducci.it

progetto grafico di Alessandro Riccomini - stampa Cabiria

