

Cronache dal Foro Parmense



Anno XXXII numero 2 – ottobre 2023

Periodico semestrale 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

questo numero delle vostre CRONACHE

una panoramica
sullo stato dell'avvocatura,
molta contemporaneità
e qualche sguardo al futuro
tra pericoli e opportunità

un percorso iconografico
tutto parmigiano
da "I palazzi di Parma -I-"
edizione Gazzetta di Parma, 2011
per gentile concessione dell'editore
e dell'artista che detiene i diritti
ANNARITA MELEGARI

chiuso in redazione il 5 dicembre 2023

Comitato di redazione:
avv. prof. Luigi Angiello,
avv. Nicola Bianchi, avv. Daria Fanti,
avv. Alberto Magnani, avv. Francesco Mattioli,
avv. Alessandra Mezzadri, avv. Werner Stricker

Hanno collaborato a questo numero:
avv. prof. Luigi Angiello
avv. Elena Artoni
avv. avv. Giovanni Berti Arnoaldi Veli
avv. Gianluca Bergamaschi
avv. Angelo Di Monte
avv. Federico Donelli
avv. Marina Mora
avv. Giulio Moscatelli
avv. Nicola Guerra

sommario

- pag. 3 editoriale (di Giovanni Berti Arnoaldi Veli)
specializzazioni ed equo compenso: strumenti
per la competitività e la leale concorrenza
- pag. 7 le tante ombre della disciplina dell'equo compenso:
mero "specchietto per le allodole"?
- pag. 17 il faticoso e lento cammino delle specializzazioni
- pag. 19 attività del Consiglio
- pag. 19 aggiornamento albi
- pag. 20 WhatsApp e prova processuale: spunti di riflessione
- pag. 24 l'avvocato penalista nell'organismo di vigilanza:
una presenza (implicitamente) obbligatoria
- pag. 29 benvenuti nell'era dell'avvocatura digitale 2.0;
l'avvento dell'intelligenza artificiale
IA- nella professione legale
- pag. 34 quel "pasticciaccio brutto" di via Arenula
- pag. 36 profili di discriminatorietà indiretta nel
licenziamento per superamento
del periodo di comporta
- pag. 40 giurisprudenza disciplinare
- pag. 44 *quarta di copertina*



Specializzazioni ed equo compenso

strumenti per la competitività e la leale concorrenza

editoriale

I tempi attuali costituiscono una sfida continua – che si rinnova di anno in anno – per gli avvocati, messi a dura prova da una crisi economica che non demorde ancora e da costanti interventi di riforma – o, per meglio dire, di tentativo di riforma – che il legislatore attua, vuoi affidandosi a normative “a cascata” che nascono da leggi delega di generosa ampiezza (è il caso anche della legge di riforma dell’ordinamento forense, che ha affidato la sua attuazione a ben 27 diversi provvedimenti attuativi), vuoi a riscritture delle norme processuali che, lungi dallo snellire i procedimenti, vengono offerte all’Europa al solo fine di incassare gli ambiti fondi del PNRR (è il caso della riforma Cartabia).

L’avvocatura ha invocato per decenni ed a gran voce un proprio assetto ordinamentale rinnovato e moderno, che fosse al passo con i tempi (la precedente legge ordinamentale forense risaliva addirittura al 1933) e che potesse essere, allo stesso tempo, volano e regolatore di competitività.

Quando si parla di competitività applicata alla professione forense va premessa una dichiarazione d’intenti, un *visus* culturale, una tensione etica che impongono di orientare inderogabilmente le riflessioni dell’avvocatura sul punto: la giustizia è un valore che, per sua natura, non può essere declinato in senso esclusivamente – o anche solo prevalentemente – mercantile. “*I diritti non sono merce*”, titolava un recente Congresso Nazionale Forense, e questo è un principio inderogabile che va ribadito, prima di affrontare qual-

siasi altro discorso.

Con ciò non vogliamo dire che, ovviamente, gli avvocati sconoscono il valore anche economico delle scelte legislative e delle loro ricadute in termini di organizzazione dei servizi di giustizia, di distribuzione delle risorse, di effetti che una più accentuata concorrenza nel mondo delle libere professioni può sviluppare verso un più facilitato, e meno costoso, accesso da parte dei cittadini a quella giustizia che tanto faticosamente inseguono.

La concorrenza che invoca un’avvocatura moderna, consapevole del proprio ruolo, del profondo rinnovamento sociale e delle mutate esigenze dei cittadini che agli avvocati chiedono tutela, non è certamente quella imposta a suon di sanzioni milionarie dall’Autorità garante per la concorrenza e il mercato, che ha sanzionato il Consiglio Nazionale Forense reo di avere ribadito che gli irrinunciabili principi della dignità e del decoro della professione forense non possono essere accantonati per favorire una sregolata pubblicità dei servizi legali e una concorrenza al ribasso con effetti di vero e proprio *dumping*, non dignitoso e distorsivo di quello stesso libero mercato che si vorrebbe tutelare.

Non che l’avvocatura sia contraria alla concorrenza, si badi bene. Ma rivendica un approccio non mercantile e insegue con forza, con convinzione e con tenacia una concorrenza di servizi legali basata sulla qualità, e non sulla mera economicità, dell’offerta di assistenza legale.

La declinazione in senso non meramente mercantile della concor-

renza impone una riflessione sulla qualità dei servizi di consulenza e assistenza legale che agli avvocati viene richiesta e che gli avvocati devono garantire: la concorrenza sulla qualità è l’unica concorrenza che non solo l’avvocatura accetta, ma che essa stessa intende fortemente promuovere.

Uno degli strumenti per realizzare la concorrenza sulla qualità, a beneficio sia degli avvocati che dei loro assistiti, è quello della specializzazione.

Appartiene ad un passato che si allontana sempre più velocemente l’immagine dell’avvocato generalista, figura latamente assimilabile al medico di base, al quale il cittadino si rivolge in piena fiducia per avere risposta a qualsiasi suo problema. La complessità della società e dei rapporti giuridici ha ampliato a dismisura gli ambiti di tutela, che richiedono competenze di settore ed aggiornamenti costanti, che solamente un avvocato seriamente specializzato può essere in grado di garantire.

Il decreto ministeriale che costituisce il regolamento sulle specializzazioni (d.m. 144/2015) è stato uno dei primi – fra i 27 di cui si diceva – ad essere emanato, in attuazione della legge n. 247/2012 di riforma dell’ordinamento forense. È stato tuttavia anche il primo a cadere sotto i colpi dei ricorsi al T.A.R. sferrati da chi lo aveva ritenuto un prodotto imperfetto. Dopo essere stata parzialmente riscritta (con il d.m. 163/2020), la disciplina delle specializzazioni è infine entrata pienamente in vigore.

La materia ha una regolamentazione molto dettagliata, che ai due decreti ministeriali menzionati assomma un regolamento del C.N.F. (il n. 1/2022), che stabilisce la composizione e il funzionamento della Commissione che esamina gli avvocati che intendono conseguire il titolo di specialista (ove non in possesso del requisito della comprovata esperienza) nonché le modalità di organizzazione e valutazione delle prove d'esame; delle corpose "linee guida per la formazione specialistica degli avvocati" emanate dal Ministero; le linee guida del C.N.F. recanti i criteri minimi uniformi per la redazione delle convenzioni con le associazioni forensi specialistiche finalizzate all'organizzazione dei corsi di formazione specialistica degli avvocati.

Il percorso di richiesta del titolo di specialista è avviato e oramai non passa adunanza del C.N.F. in cui non venga deliberato il riconoscimento del titolo a sempre più avvocati.

È bene ricordare che sono solamente coloro che hanno o avranno superato positivamente tale percorso che potranno

legittimamente definirsi avvocati specialisti o specializzati, insieme a coloro che hanno ottenuto un diploma universitario di specializzazione. Purtroppo vediamo che il fatto di autoproclamarsi "specialisti" o "specializzati" in determinate aree del diritto, soprattutto nel messaggio pubblicitario veicolato in *internet* o sui *social*, è una diffusissima abitudine di molti, suscettibile di costituire illecito disciplinare per violazione dei canoni di cui agli articoli 17 ("Informazione sull'esercizio dell'attività professionale"), 35 ("Dovere di corretta informazione") e 36 ("Divieto di uso di titoli inesistenti") del codice deontologico forense.

E allora la responsabilità e l'impegno dei Consigli dell'Ordine deve essere duplice: non solo di soggetto al quale il C.N.F. ha affidato il compito primario di organizzazione dei corsi di formazione specialistica, ma anche di rigorosa vigilanza sulle condotte di coloro che, al di fuori di tale percorso, millantano specializzazioni inesistenti, creando confusione nella platea dei cittadini e

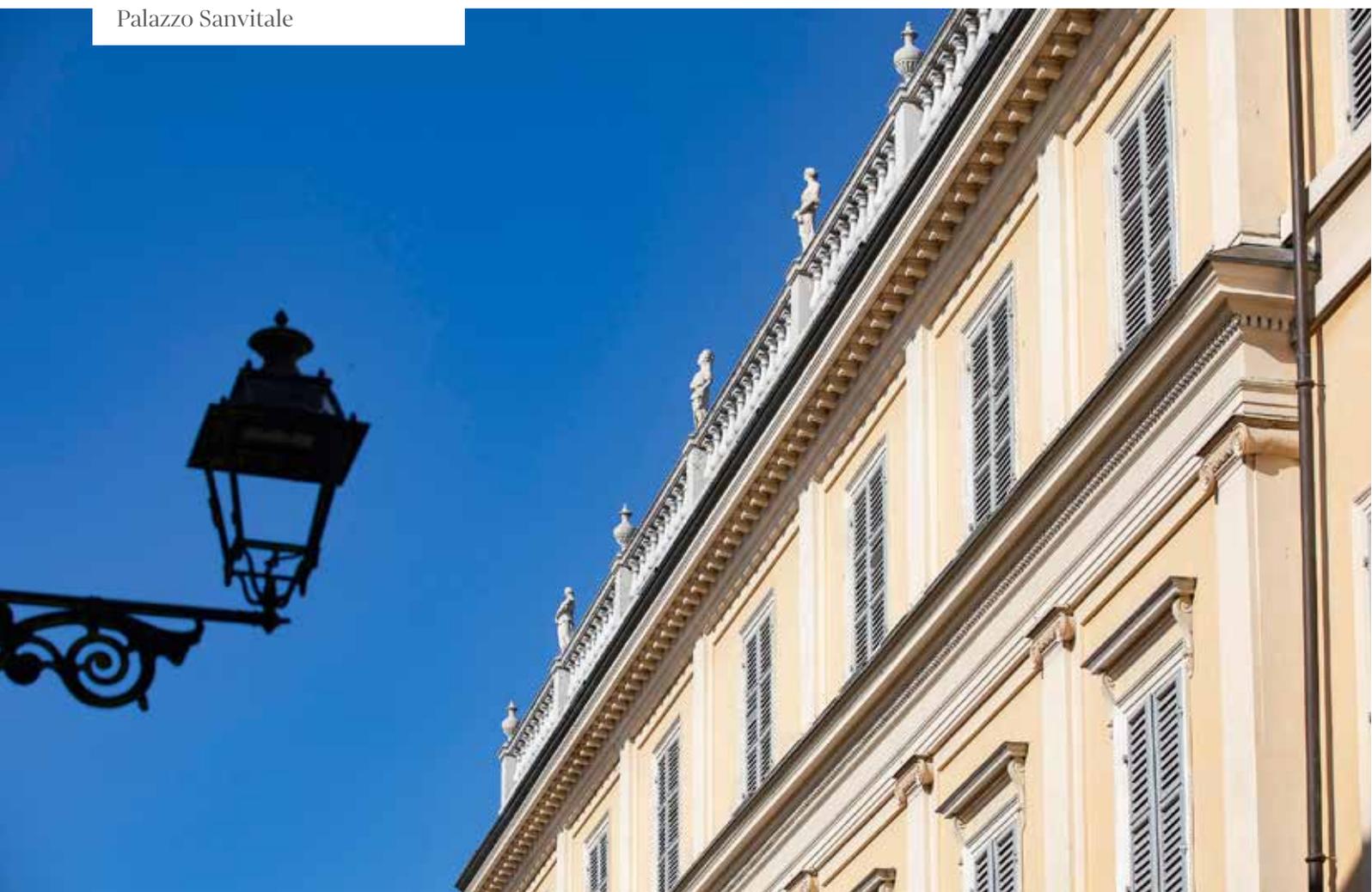
distorsione nella libera e leale concorrenza fra colleghi.

Analogo effetto distorsivo si è realizzato anche con le condizioni vessatorie alle quali gli avvocati sono stati costretti dalla clientela cd. forte: banche, assicurazioni e altri potentati economici in grado, con il proprio peso contrattuale, di imporre ai propri legali – contraenti deboli – condizioni economiche al minimo ribasso, con una prassi nella quale la giurisprudenza ha ritrovato quel principio di "abuso di posizione economica" originariamente previsto dalla legge di disciplina della subfornitura (la n. 192/1998) e ora ritenuto principio generale dell'ordinamento.

Il Consiglio Nazionale Forense ha fortemente voluto eliminare questo squilibrio, lesivo della dignità del ceto forense, e promuovere l'equità del compenso degli avvocati nei rapporti contrattuali con le grandi imprese e con gli enti pubblici, i cd. committenti forti.

La legge 49/2023, recante "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali", è stata certamente una grande vittoria

Palazzo Sanvitale



dell'avvocatura, poiché ha riequilibrato la posizione contrattuale del professionista avvocato nei rapporti con i soggetti economicamente forti ed ha così evitato il realizzarsi di una concorrenza distorta dall'abuso di posizioni dominanti e dall'offerta di prestazioni professionali al ribasso, con il concreto rischio dell'effetto di un peggioramento della loro qualità.

La legge sull'equo compenso prevede anche, all'art. 5, che *“gli ordini e i collegi professionali adottano disposizioni deontologiche volte a sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di prevenire un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e determinato in applicazione dei parametri previsti dai pertinenti decreti ministeriali, nonché a sanzionare la violazione dell'obbligo di avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della presente legge”*.

È giusto e corretto, infatti, che se l'avvocatura richiede alle grandi imprese ed agli enti pubblici di attenersi al principio dell'equo compenso, essa pretenda con pari fermezza che tale principio venga rispettato anche dai propri iscritti, a tutela di tutti gli appartenenti alla categoria e delle regole della concorrenza libera e leale.

Ed è così che il C.N.F., nella seduta del 24 novembre scorso, ha proceduto a introdurre un articolo nel codice deontologico – in corso di pubblicazione al momento di redazione di questo scritto – intitolato *“Violazioni delle disposizioni in materia di equo compenso”*, nel quale si prevedono i seguenti canoni:

“1. L'avvocato non può concordare o prevenire un compenso che, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni in materia di equo compenso, non sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta, e non sia determinato in

applicazione dei parametri forensi vigenti.

2. Nei casi in cui la convenzione, il contratto, o qualsiasi diversa forma di accordo con il cliente cui si applica la normativa in materia di equo compenso siano predisposti esclusivamente dall'avvocato, questi ha l'obbligo di avvertire il cliente che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti in materia.

3. La violazione del divieto di cui al primo comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.

4. La violazione del divieto di cui al secondo comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento”.

Si tratta di un significativo e sostanziale passo in avanti, che recupera equilibrio contrattuale e restituisce dignità all'avvocato che si trova ad avere rapporti professionali con una clientela economicamente forte, che si era abituata ad imporre le proprie condizioni per arruolare manovalanza professionale a buon mercato, incurante della qualità che dalla stessa poteva essere garantita.

Specializzazioni ed equo compenso sono dunque due strumenti, seppure ben diversi, che convergono nella finalità di promuovere la competitività dei servizi legali offerti dagli avvocati, nel reprimere le distorsioni di una visione meramente mercantile della professione forense e nel cercare di realizzare una concorrenza, oltre che libera, non drogata da millanterie e prestazioni a prezzo vile, e dunque in definitiva leale e rispettosa della dignità della professione e dei suoi principi fondamentali come custoditi nel codice deontologico forense.

Ma c'è anche un'altra declinazione di “concorrenza” che a noi avvocati sta molto a cuore. Ed è quella – immune da connotazioni di tipo economico ed oltre tutto la più fedele al dato semantico – di “concorrere”, cioè correre insieme a tutti gli altri soggetti protagonisti del sistema giustizia verso il traguardo dell'affermazione del diritto e della legali-

tà, nella realizzazione di un processo più efficace e più efficiente, telematizzato e moderno, che restituisca non tanto e non solo accelerazioni buone a fare statistica ma, soprattutto, qualità della giurisdizione.

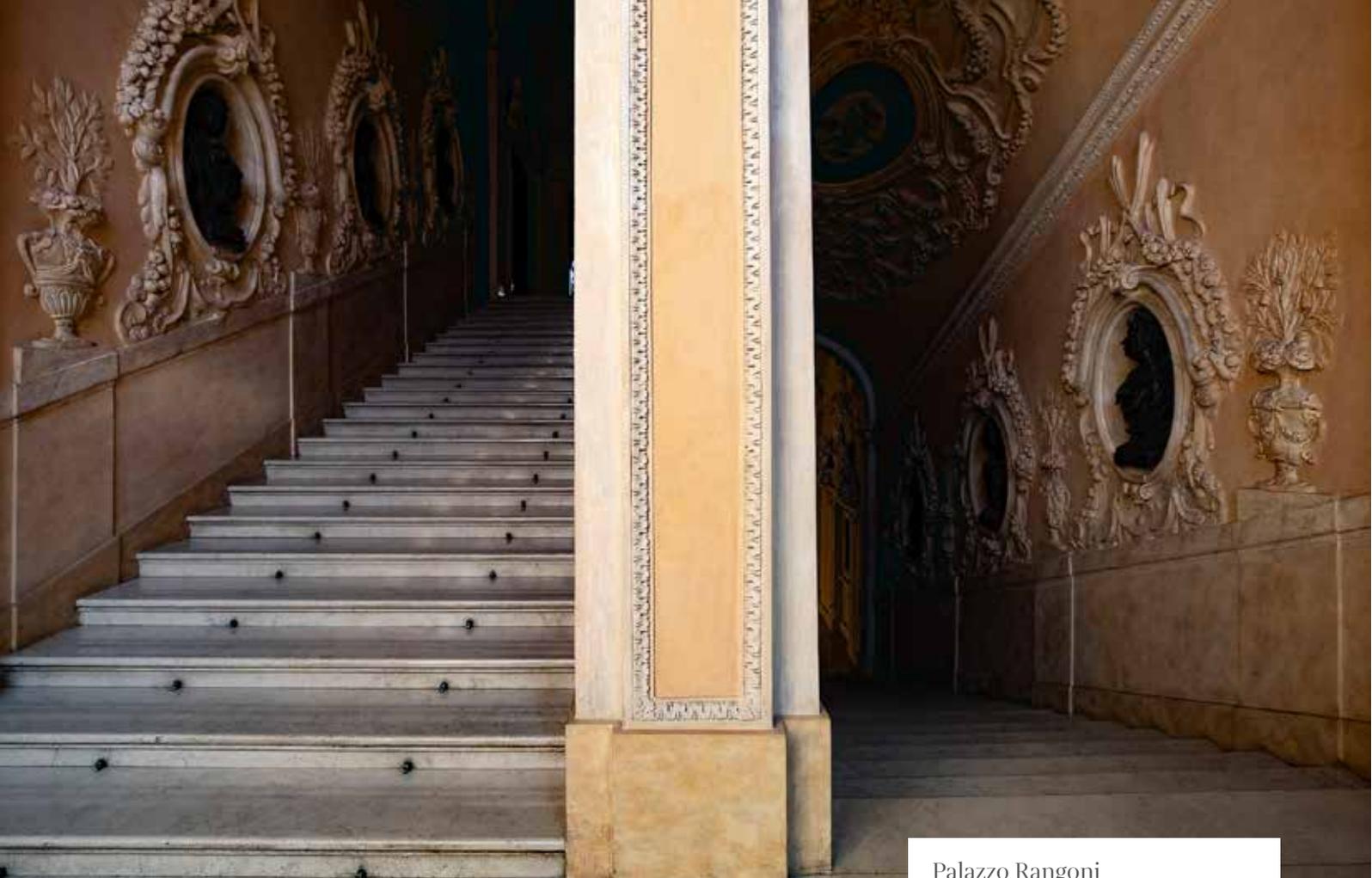
È una sfida, questa, che un'avvocatura consapevole accetta e anzi insegue per cercare di far funzionare meglio la giurisdizione, per riavvicinare i cittadini a un'idea di giustizia che sia concreta, afferrabile, possibile, reale. Perché ciò che preoccupa l'avvocatura non è tanto il fatto che la macchinosità e la durata eccessiva dei processi italiani possa allontanare gli investitori stranieri e deprimere i mercati – preoccupazione che sembra essere l'unica dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e dell'Unione Europea – ma è invece il fatto che una giustizia che non funziona allontana i cittadini dall'idea stessa di giustizia, la colloca in una dimensione chimerica che travolge la fiducia che deve invece sorreggere l'obbedienza civile, la condivisione diffusa dell'orgoglio di appartenere a una comunità civile, il riconoscimento dei diritti in funzione della consapevole assunzione dei doveri da parte di ciascuno.

Gli avvocati non amano essere definiti “utenti” della giustizia, ma semmai soggetti a pieno titolo protagonisti della giurisdizione.

Con l'introduzione del processo telematico, l'avvocatura ha dato prova di grande maturità. A fronte di una rivoluzione epocale che rischiava di annichilire larghe fasce di professionisti, non nativi digitali o comunque riottosi al cambiamento, gli avvocati hanno dimostrato in breve tempo di avere la duttilità e anche l'entusiasmo per affrontare adeguatamente la sfida del processo telematico.

Non solo, nella sfida del processo telematico, proprio quale veicolo di semplificazione e competitività, l'avvocatura ha portato un grande contributo: di impegno, di idee e anche di risorse economiche.

Nel lontano 1921 Piero Calamandrei mandava alle stampe il suo celebre libro *“Troppi avvocati!”*. E certo gli avvocati erano troppi allora e continuano a essere troppi oggi. Ma



Palazzo Rangoni

non è il numero degli avvocati che dilata i tempi dei processi, che li rende più macchinosi, che ne aumenta la mole. Non è perché gli avvocati sono troppi che sono aumentati i procedimenti di sfratto per morosità, le procedure della crisi d'impresa, i procedimenti di protezione internazionale; non è perché gli avvocati sono troppi che si sono accresciute a dismisura le richieste di patrocinio a spese dello Stato da parte di soggetti non abbienti.

La concorrenza in cui l'avvocatura crede è, soprattutto, quella basata su una qualità dei servizi legali che deriva dalla consapevolezza della responsabilità sociale dell'avvocatura e del proprio ruolo determinante nella giurisdizione e nella partecipazione – in *governance* condivisa – ai servizi di giustizia.

Se la semplificazione dei servizi di giustizia è obiettivo che può essere raggiunto grazie all'impegno convergente di tutti gli operatori del settore, quello della competitività deve essere raggiunto, prioritariamente, tramite un rigoroso setaccio degli

Albi forensi, con un filtro che restituisca trasparenza a un corpo sociale che esercita una così delicata funzione, e che consenta ai cittadini di affidarsi in piena fiducia a professionisti di qualità certificata.

È questa la riforma che la stessa avvocatura ha invocato per sé e che attende di realizzare, non solo per necessità di autogoverno ma anche nell'ottica di una competitività fondata su una selezione basata sulla effettività, sulla trasparenza, sulla competenza, sulla qualità, sulla passione civile, sulla consapevolezza della propria funzione sociale, tanto delicata quanto irrinunciabile.

*avv. Giovanni Berti Arnoaldi Veli
Foro di Bologna*

*Componente del Consiglio Nazionale
Forense per il Distretto
dell'Emilia-Romagna*

Le tante ombre della disciplina dell'equo compenso: mero "specchietto per le allodole"?

Il tema dell'equo compenso intercetta, addirittura a più riprese, la materia giuslavoristica.

Ciò non tanto o non soltanto perché, di fatto, viene in gioco il concetto sancito dall'art. 36 Cost. in materia di equa retribuzione, ma perché viene estesa a esercenti professioni protette il sistema di garanzie che l'ordinamento riserva al lavoratore subordinato, ossia la cosiddetta parte debole del rapporto.

A ben vedere, neanche troppi anni addietro sarebbe stato difficile immaginare soluzioni normative volte alla protezione del professionista intellettuale.

Il che non vuol dire che l'esigenza non esistesse.

Molto probabilmente, l'immagine *elitaria* della categoria dei professionisti e, segnatamente (ma non esclusivamente) degli Avvocati, non avrebbe potuto esser compromessa da rivendicazioni che, tipicamente, appartengono ad altre figure.

Ma che fosse una concezione destinata al cambiamento è circostanza attestata da più elementi, progressivamente emersi nel tempo.

E' significativa, in questa direzione, ad esempio, la celeberrima pronuncia additiva della Corte costituzionale n. 171/1996, che ha di-

chiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1° e 5° dell'articolo 2 della legge n.146 del 1990, in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, nella parte in cui non prevedevano, anche per gli Avvocati che intendessero astenersi dall'attività giudiziaria, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale, strumenti idonei per assicurare le prestazioni indispensabili, nonché sanzioni in caso d'inosservanza delle prescrizioni di garanzia agli utenti.

Il che non sta certo a significare la riconduzione del fenomeno dell'astensione degli Avvocati, sotto l'egida del diritto di sciopero ex art. 40 Cost, notoriamente inteso come diritto riconosciuto esclusivamente ai lavoratori subordinati.

La Corte costituzionale ha piuttosto collocato l'astensione degli Avvocati nell'alveo dell'esercizio del diritto, anch'esso costituzionalmente garantito, di cui all'art. 18 della Carta e, quindi, alla libertà di associazione.

Il percorso così avviato verso la rivisitazione della figura e della posizione dell'Avvocato, ha, parallelamente, ricevuto un'ulteriore, significativa, spinta da parte dell'ordinamento euro unitario (soprattutto per effetto di decisioni della Corte di Giustizia) nel cui ambito è stato, per

così dire, smantellato il tabù della qualificazione dell'attività professionale in termini assimilabili all'impresa, nella particolare declinazione della esigenza di regolamentazione della concorrenza e, quindi, del *mercato dei professionisti*; ciò, in combinato disposto con l'emersione della qualificazione del cliente/assistito come *consumatore*.

Cambiamenti che, progressivamente, sono entrati, in maniera prepotente, nell'ordinamento interno.

La prima "spallata" com'è noto, ha interessato il sistema tariffario, tramite il c.d. decreto Bersani (d.l. 223/2006) che abrogò il principio della inderogabilità dei minimi,

Nel 2012 il sistema delle tariffe è stato totalmente scardinato con l'art. 9 del D.L. n. 1/2012, convertito con legge n. 27/2012, con cui fu disposta l'abrogazione delle «tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico» ed introdotto, per il caso di liquidazione giudiziale dei compensi, il riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministero.

La nuova normativa fu motivata con la necessità di aprire la professione alla concorrenza ed avvantaggiare così i giovani ed i consumatori.

V'è stata, quindi, una inarrestabile, progressiva, assimilazione del professionista all'imprenditore, con

l'erosione delle prerogative - *in primis*, l'autonomia- che hanno storicamente caratterizzato il ruolo e l'agire del professionista liberale, come disciplinata dagli artt. 2230 e ss. cod. civ. e, soprattutto, dalle disposizioni ordinistiche.

Ma, mettere in discussione le prerogative e l'autonomia del professionista, sostanzialmente rimodellandole rispetto alla rigorosa visione precedente, non è valso a trasformare tutta la categoria dei professionisti in para-imprenditori.

La categoria, perso il presidio di tutela della intangibilità delle prerogative *elitarie*, è entrata nel turbine del cambiamento, forse anche in ragione del venir meno dell'*apprezzamento sociale* che la *communis opinio* riservava, in passato, ai professionisti cosiddetti protetti.

Da *intoccabili* costoro sono, sempre più, divenuti ... *toccabili*.

Con la concomitanza di numerosi fattori (crisi economica; accesso non contingentato alla professione; lusinghe di modelli di studio strutturati come imprese, talvolta anche multinazionali) un nutrito numero di appartenenti alla categoria si è ritrovato a candidarsi nel novero dei soggetti potenzialmente interessati dalla cosiddetta "*vulnerabilità sociale*", anche nella declinazione della "*vulnerabilità economica*".

E', infatti, accaduto che, privato l'ordinamento delle garanzie insite nel sistema della inderogabilità dei minimi tariffari, le realtà dotate di particolare forza contrattuale - ed il riferimento è d'obbligo alle banche ed alle assicurazioni; ma possono essere incluse, in taluni casi, anche le Pubbliche amministrazioni - hanno spesso abusato della loro posizione dominante, imponendo condizioni

capestro, compensi davvero irrisori, quasi come se la parte qualificante della collaborazione fosse, per i professionisti, il, per così dire, privilegio di poter essere annoverati tra i "fiduciari" di quella banca o di quella impresa di assicurazione e magari così confidare su un flusso di lavoro, in termini quantitativi, non altrimenti ottenibile, probabilmente ritenuto idoneo per mantenere, sicuramente non in rapporto di corrispettività con l'impegno reso, "entrate" complessivamente accettabili, in quanto abbastanza stabili.

Il che è stato, *expressis verbis*, affermato dalla giurisprudenza amministrativa che è giunta, perfino, a valorizzare la prestazione professionale gratuita in favore della P.A., affermando che "*il 'ritorno' per chi la presta può consistere anche in un vantaggio indiretto (arricchimento curriculare, fama, prestigio, pubblicità*" (Cons. Stato, n. 7442/2021 e, prima ancora, TAR Lazio-Roma, n. 11410/2019).

Da qui, l'esigenza dell'ordinamento di dedicare una protezione rafforzata anche a tali soggetti, mediante il ricorso a modelli che evocano l'assetto tipicamente proprio del lavoro subordinato.

V'è, infatti, la presa d'atto che il professionista possa essere anch'egli parte debole del rapporto; ciò, soprattutto allorché entri in contatto con realtà in grado di imporre condizioni economiche non congrue, rispetto alle quali l'autonomia, in termini di "forza contrattuale", del professionista sia condizionata dalla necessità di cogliere *oborto collo* quella opportunità, per sostanziale mancanza di alternative.

Il ruolo di apripista è stato svolto dall'Avvocatura: risale al 2017 l'integrazione della nostra legge pro-

fessionale (l. n. 247/2012) con l'inserimento dell'art. 13 *bis*, rubricato "Equo compenso e clausole vessatorie".

In realtà, si è giunti a tale novità in maniera assai convulsa, mediante l'art. 19 *quaterdecies* del decreto-legge n. 148 del 2017.

Il comma 2 dell'articolo 19-*quaterdecies*, inoltre, ha esteso il diritto all'equo compenso previsto per la professione forense, in quanto compatibile, anche a tutti i rapporti di lavoro autonomo di professionisti, iscritti o meno agli ordini e collegi, i cui parametri sono definiti dai decreti ministeriali.

Non va trascurata l'avversione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, in data 24.11.2017, ha ritenuto che siffatte disposizioni del decreto legge (in vista della sua conversione) rappresentassero una sorta di surrettizia reintroduzione dei minimi tariffari, in pregiudizio della libera concorrenza, in quanto, innanzitutto a livello comunitario, le tariffe professionali fisse e minime sono valutate come restrittive della concorrenza stessa.

Quanto virtuosa sia l'autonomia contrattuale in tale ambito, l'AGCM, però, non lo spiega!

La legge n. 49/2023, di riforma dell'equo compenso, è, in linea di massima, una risistemazione dell'istituto, con pretesa di maggior organicità.

In realtà, il testo sconta molteplici difetti di coordinamento tra le varie previsioni, con ogni probabilità conseguenza del fatto che si è trattato di un intervento integrativo, innestato sulla disposizione di cui all'art. 13 *bis* della legge professionale, espressamente abrogata, ma, in buona parte, ritrascritta.

1 Il campo soggettivo, sul versante dei committenti, di applicazione della disciplina dell'equo compenso.

In considerazione della *ratio* dell'intervento normativo, la legge, sulla falsariga del precedente art. 13 *bis* della legge professionale, mira a tutelare i professionisti nei rapporti solo con talune categorie di committenti.

L' "ambito di applicazione" è descritto all'art. 2:

a) imprese bancarie e assicurative nonché (...) società controllate, delle loro mandatarie"

b) imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro".

c) pubblica amministrazione;

d) società a partecipazione pubblica.

Nulla è detto circa gli enti pubblici economici, ma trattasi di entità sostanzialmente assimilabili alle "imprese", avuto riguardo alla natura dell'attività svolta ed allo statuto normativo che ad essi si applica.

Sono, invece, espressamente esclusi:

a) società veicolo di cartolarizzazione;

b) agenti della riscossione.

Questi ultimi, ossia gli agenti della riscossione, debbono, peraltro, garantire "compensi **adeguati all'importanza dell'opera**, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività della prestazione richiesta".

"Adeguatezza all'importanza dell'opera" pare esser più che altro una enunciazione di principio: quan-

do può dirsi "adeguato" un compenso? Com'è possibile misurarlo rispetto all'importanza dell'opera?

Certo è che il concetto di adeguatezza non possa coincidere con quello di equità, altrimenti la deroga non avrebbe ragion d'essere.

Si tratta, forse, di un equo compenso affievolito?

Sicuramente, in tale ambito, i parametri ministeriali non operano; né il giudice può esser chiamato ad applicarli.

A ben vedere, il risultato è peggiore del male che si voleva curare.

2 La nozione di equo compenso

La singolare previsione del compenso in deroga, solo "adeguato", consente di accedere ad un altro tema.

Da una legge dedicata all'equo compenso sarebbe stato ragionevole attendersi l'individuazione di una definizione chiara e, soprattutto, univoca.

Così, però, non è.

La legge 48/2023, infatti, pare individuare più nozioni di *equo compenso*:

L'art. 1, comma 1, precisa: *Ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corrispondenza di un compenso proporzionato (i) alla quantità e (ii) alla qualità del lavoro svolto, (iii) al contenuto e (iv) alle caratteristiche della prestazione professionale, (v) nonché conforme ai compensi previsti* dai decreti ministeriali contenenti i cosiddetti parametri.

L'art. 3, comma 1, sancisce la

nullità di clausole che non prevedono "un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tal fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera".

La disposizione introduce, poi, una sorta di presunzione di nullità, allorché si tratti di "compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi", fissati dai decreti ministeriali per le varie categorie di professionisti.

L'art. 3, comma 2, sancisce, del pari, la nullità per pattuizioni che "comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio reso".

Probabilmente, la portata definitiva che caratterizza la rubrica dell'art. 1, consente di ritenere, per così dire, portante, quella ivi contenuta.

Ma, anche a voler concentrare l'attenzione sulla sola definizione dell'art.1, si constata come la norma non brilli certo per chiarezza.

Essa indica un primo gruppo di elementi qualificatori dell'equo compenso che evoca la previsione dell'art. 36 Cost. in materia di retribuzione.

Quest'ultima norma, com'è noto, sancisce che "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa", laddove la seconda parte della disposizione (da "in ogni caso" in avanti) varrebbe a slegare la retribuzione dalla funzione meramente corrispettiva, per valorizzarne, altresì, la funzione sociale.

Ebbene, questa componente, come detto, sociale, non si riscontra



nell'art. 1 della legge sull'equo compenso, che pare essenzialmente vocata ad una funzione squisitamente sinallagmatica, all'insegna della sola corrispettività.

La corrispettività del compenso del professionista sta nella proporzionalità rispetto a una serie di elementi di raffronto:

- (i) quantità del lavoro svolto;
- (ii) qualità del lavoro svolto;
- (iii) contenuto della prestazione professionale;
- (iv) caratteristiche della prestazione professionale.

Trattasi, all'evidenza, di concetti assai ampi, che spetterà alla giurisprudenza riempire di contenuto.

Ciò, a meno che la giurisprudenza non preferisca appiattirsi sulla seconda parte della previsione; sulla parte, cioè, ove si prescrive che l'equità debba misurarsi con i parametri ministeriali: **“nonché conforme ai compensi previsti” dai decreti.**

Per gli studiosi, nella tradizione dell'italiano scritto, la parola *nonché* identificava l'elemento che, in una lista, rivestiva un ruolo secondario, di minor importanza.

Col tempo, la parola è, molto più semplicemente, divenuta alternativa alla “e”.

Quindi, una, per così dire, normale congiunzione, inidonea per creare differenziazione/graduazione tra elementi di maggior o minore importanza.

Allora, viene da chiedersi: **non sarebbe stato sufficiente dire che, in tanto il compenso sarà equo, in quanto sia rispettoso dei parametri ministeriali, senza scomodare la proporzionalità con i vari elementi dell'apporto (quantità, qualità, ecc.)?**

Probabilmente così non è.

Appare singolare, infatti, che il legislatore (addirittura con il consenso unanime dei diversi schieramenti politici, per quanto consta) si sia lasciato andare ad una definizione ridondante, solo per imporre, in sostanza, il rispetto dei parametri ministeriali, la cui intangibilità nei minimi pare esser conclusione ormai consolidata, come attesta l'orientamento formatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità (ad es., tra le più recenti, Cass. 25847/2023 e Cass. 2723/2023).

Quale altra strada interpretativa può prospettarsi?

Forse, può farsi utilmente capo ai principi formati in ambito giuslavoristico circa la retribuzione, non foss'altro per le similitudini (ma anche assonanze) che intercorrono tra il concetto di equo compenso e quello di equa retribuzione.

Ebbene, per la sezione lavoro della Cassazione, *“ai fini della determinazione della retribuzione dovuta al lavoratore, il giudice deve accertare che la stessa sia conforme ai criteri indicati nell'art. 36 della Cost., il quale esige che la retribuzione sia proporzionale alla quantità e qualità del lavoro e idonea ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, ma non è tenuto ad avvalersi necessariamente dei parametri rinvenibili nella contrattazione collettiva, potendo fondare la sua pronuncia sulla natura e sulle caratteristiche dell'attività svolta, sulle nozioni di comune esperienza e, in difetto di ogni altro utile elemento, anche su criteri equitativi”* (Cass. n. 2835/1990).

Se così fosse, i parametri ministeriali, se assimilabili ai parametri retributivi della contrattazione collettiva, non imbriglierebbero, alla luce

di tale interpretazione, le valutazioni equitative del giudice, il quale ben potrebbe giungere ad individuare il compenso addirittura in misura maggiore rispetto ai dati ricavabili dai parametri ministeriali.

Ma, a ben vedere, ne conseguirebbe un'ulteriore criticità: laddove ricorressero i criteri soggettivi di applicabilità dell'equo compenso, il professionista potrebbe aspirare, in tal modo, ad ottenere la “correzione” del compenso, in misura potenzialmente maggiore rispetto al caso in cui la determinazione giudiziale non ricada sotto l'egida dell'applicazione della legge sull'equo compenso.

Con probabili profili di disparità di trattamento, all'evidenza non ragionevolmente giustificabili.

Rischio che, invece, potrebbe non sussistere nell'eventualità in cui venisse in discussione un incarico professionale di sola consulenza, posto che il decreto ministeriale dei parametri per gli Avvocati non pare disciplinare direttamente tale attività, eccezion fatta per il riferimento al compenso orario.

A meno che non si voglia o possa ricondurre la consulenza alla assistenza stragiudiziale che, però, parrebbe consistere in un'attività caratterizzata da un *quid pluris* rispetto a quella consulenziale: nell'assistenza, infatti, deve ricorrere una interlocuzione con un soggetto ulteriore, un “avversario” col quale si rapporterà il professionista, in rappresentanza dell'assistito per addivenire, ad esempio, ad una conciliazione.

Ma v'è di più.

Tutte le affermazioni di principio circa i profili contenutistici dell'equo compenso, paiono destinate a venir meno sul piano concreto, se sol si consideri la previsione di cui all'art.

3, comma 6: impugnato l'atto contenente compensi non equi, **“il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali”**.

Per tale via, torna il dubbio che il richiamo all'equo compenso e, quindi, alla proporzionalità dello stesso rispetto alla qualità e quantità del lavoro, alle caratteristiche della prestazione professionale, e così via, altro non significhi **applicare, sic e simpliciter, i parametri ministeriali!**

L'art. 3, al comma 2, della l. 49/2023, arricchisce la nozione di equo compenso, con una sorta di *black list* di possibili clausole, espressamente qualificate nulle:

- divieto di pretendere acconti;
- obbligo di anticipare le spese;
- a) *riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;*
- b) *attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;*
- c) *attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito;*
- d) *anticipazione delle spese a carico del professionista;* (ma il divieto è già contenuto nella medesima norma, come detto);
- e) *clausole che impongono al professionista la rinuncia al rimborso delle spese connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione;*
- f) *previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;*
- g) *previsione che, in caso di liquidazione delle spese di lite in favore*

del cliente, all'Avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte, ovvero solo il minore importo liquidato, nel caso in cui l'importo previsto nella convenzione sia maggiore;

h) *previsione che, in caso di un nuovo accordo sostitutivo di un altro precedentemente stipulato con il medesimo cliente, la nuova disciplina in materia di compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nel precedente accordo, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati;*

i) *previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti solo in caso di sottoscrizione del contratto;*

l) *obbligo per il professionista di corrispondere al cliente o a soggetti terzi compensi, corrispettivi o rimborsi connessi all'utilizzo di software, banche di dati, sistemi gestionali, servizi di assistenza tecnica, servizi di formazione e di qualsiasi bene o servizio la cui utilizzazione o fruizione nello svolgimento dell'incarico sia richiesta dal cliente.*

3 sui **rimedi giurisdizionali**

Innanzitutto, opportunamente la legge (art. 3, comma 3) prevede il principio di conservazione dell'atto di incarico, qualora contenga singole clausole nulle, rimanendo *“valido ed efficace per il resto”*.

Inoltre, *“la nullità opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d'ufficio”*.

Non è chiaro il motivo per cui alla rilevanza d'ufficio della nullità sia stata aggiunta la previsione che essa

operi solo a vantaggio del professionista.

La struttura contenutistica delle clausole nulle, secondo l'elenco della legge, rende improbabile che di esse si dolga il cliente e che, comunque, quest'ultimo sia portatore del medesimo interesse del professionista ad ottenerne la relativa declaratoria.

Il professionista, quindi, può rivolgersi al *“tribunale competente per il luogo in cui egli ha la residenza o il domicilio”*.

La competenza territoriale ripropone il modello di cui all'art. 413, comma 4 cpc: *“domicilio dell'agente, del rappresentante di commercio ovvero del titolare degli altri rapporti di collaborazione di cui al predetto numero 3 dell'articolo 409”*; ossia di quei *“rapporti di collaborazione che si concretano in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato. La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”*.

Ma se è chiara la competenza territoriale, meno è il **rito** cui detta controversia debba esser assoggettata.

Con ogni probabilità, la stessa dovrà esser considerata controversia di lavoro, tenuto conto di principi già formati in giurisprudenza; infatti: *“pur non negandosi che la ratio della estensione del “nuovo rito” ai rapporti c.d. parasubordinati sia riposta in una esigenza di protezione, richiesta anche in questi casi dalla attività lavorativa, - benché non nelle penetranti forme previste dall'art. 36 Cost., una volta accertata la presenza dei requisiti espressamente richie-*



Palazzo Pallavicino

sti dalla ipotesi normativa (art. 409 c.p.c., n. 3: continuità, coordinazione, prevalenza personale della prestazione), devono poi operare tutte le garanzie sia di ordine processuale che sostanziale, contemplate dalla legge per detti rapporti.

(...)E' noto che i criteri informatori della speciale disciplina processuale sono espressione di una chiara scelta del legislatore, il quale - come non ha mancato di rilevare la dottrina - ha abbandonato la posizione tradizionale, che vorrebbe limitare il suo intervento ad assicurare il rispetto delle regole del gioco individuale, ed ha preso decisamente posizione a favore della parte socialmente più debole, considerando la tutela che ne consegue un momento necessario dei suoi fini politici generali.

Il processo, tuttavia, come è stato in più occasioni affermato, non è un bene in se stesso, ma è uno strumento per l'attuazione del diritto, e quindi

per il raggiungimento degli scopi che un dato ordinamento giuridico si propone; onde il potenziamento dei poteri processuali a favore di una parte costituisce il mezzo per l'attuazione dei diritti sostanziali che a quella parte l'ordinamento attribuisce. Una riprova sul terreno concreto della validità di tale assunto la si ricava dalle argomentazioni adottate dalla Corte Costituzionale proprio in relazione alla disposizione prevista dall'art. 429 c.p.c., comma 3, laddove ha dovuto esaminare l'asserita incostituzionalità in rapporto agli artt. 3 e 35 Cost., in quanto non applicabile ai crediti di lavoro autonomo. (...)

Deve, dunque, ribadirsi che alla natura parasubordinata del rapporto consegue l'applicazione del disposto dell'art. 429 c.p.c., comma 3, circa la rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro, tenuto conto che tale norma - come sottolineato nelle decisioni della Corte costituzionale n. 65 del 1978 e 76 del 1981 - riguarda tutti i

rapporti elencati nel precedente art. 409 c.p.c., e quindi anche quelli dei lavoratori autonomi quando siano caratterizzati dalla continuità e dalla coordinazione delle prestazioni eseguite (Cass. S.U. n. 1912/1999; Cass. n. 19206/1999; Cass. n. 7602/1986; Cass. n. 6298/1988; Cass. n. 8838/1992)" (Cass sez. lav. 27.9.2010, n. 20269).

Va escluso, poi, che possa operare un *distinguo* come avviene per la società di agenzia, in quanto peculiarità indiscutibile della prestazione professionale è la personalità della stessa.

Tra le ulteriori incongruenze che caratterizzano il testo della legge in commento, emblematica è quella concernente, appunto, il contenzioso.

L'impugnazione innanzi al tribunale, infatti, può riguardare anche atti prodromici all'avvio dell'attività ("esito di gara", "affidamento", "predi-

sposizione di un elenco di fiduciari...”); oppure lo stesso incarico, ma prima che ne sia iniziata l'esecuzione.

Eppure la legge (art. 3, comma 5) così recita: “chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale **prestata**”.

Sicuramente dotata di una intrinseca efficacia è la previsione dell'indennizzo ex art. 4.

A ben vedere, non tutta la disposizione è dedicata all'indennizzo, contrariamente a quanto si legge nella rubrica: “Il giudice che accerta il carattere non equo del compenso pattuito ai sensi della presente legge ridetermina il compenso dovuto al professionista e condanna il cliente al pagamento della differenza tra l'equo compenso così determinato e quanto già versato al professionista”.

La funzione è chiara: ripristinare l'equità del compenso, condannando la parte committente a versare la differenza.

L'indennizzo vero è proprio è solo eventuale; ne parla il secondo alinea: “Il giudice può altresì condannare il cliente al pagamento di un indennizzo in favore del professionista fino al doppio della differenza di cui al primo periodo, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno”.

Peraltro, quale possa essere l'“eventuale maggiore danno” azionabile, non è dato comprendere.

Di certo, il relativo onere, per *an* e *quantum*, grava sul professionista che agisce in giudizio, il quale, con ogni probabilità, incontrerà difficoltà nel dimostrare, ad esempio, d'essere stato costretto a far ricorso al credito bancario, sopportando i relativi costi, e che tale opzione sia stata imposta esclusivamente dalla situazione di soggezione al cliente in posizione

dominante.

4 Sulla posizione deontologica dell'Avvocato

Sebbene l'impianto normativo appaia, prioritariamente, informato al principio di tutela della posizione del professionista interessato dall'abuso di posizione da parte del cliente, l'art. 5, comma 5 della legge corresponsabilizza anche l'Avvocato in tale materia.

La disposizione, infatti, così recita: “Gli ordini e i collegi professionali adottano disposizioni deontologiche volte a sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e determinato in applicazione dei parametri previsti dai pertinenti decreti ministeriali, nonché a sanzionare la violazione dell'obbligo di avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della presente legge”.

La norma è – o, quantomeno, appare essere – programmatica per gli Ordini (nel caso degli Avvocati, ovviamente, la materia non è prerogativa del Consigli provinciali) e concerne due diversi profili di rilevanza disciplinare per la condotta del professionista:

- acconsentire o proporre pattuizioni inerenti compensi non equi e proporzionati;

- non avvertire il cliente della necessità di applicare la disciplina dell'equo compenso, qualora l'accordo sia predisposto esclusivamente dal professionista stesso.

La dicotomia di comportamenti non pare avere ragion d'essere: il primo, all'evidenza, assorbe e contiene anche il secondo. A meno di non voler paradossalmente ipotizzare che, assolto l'obbligo di avvertimento, il professionista possa, a quel punto, dar corso alla pattuizione di compensi non equi.

Ciò detto, si prospettano due questioni che esulano dalle criticità di mera tecnica legislativa:

a) l'ennesima affermazione della riconducibilità del compenso equo e proporzionato ai parametri previsti dai decreti ministeriali.

Il che induce a ritenere che, in fin dei conti, l'intervento normativo, al di là delle affermazioni di principio, non abbia fatto altro che confermare la vincolatività dei parametri stessi (salvo poi, addirittura, creare talune “zone franche” che, senza l'intervento normativo, a quei parametri avrebbero dovuto attenersi);

b) la natura programmatica, o meno, di tali previsioni, avuto riguardo alla posizione dell'Avvocato.

Trattasi, infatti, di valutare se il Codice deontologico forense già contenga principi generali idonei per evitare condotte in grado di tradursi in uno svilimento della professione.

Le sopra richiamate pronunce di legittimità che hanno sancito l'inderogabilità dei minimi tariffari, sono giunte a quella conclusione così ricostruendo la *voluntas legis* trasfusa nella determinazione dei parametri: “circoscrivere il potere del giudice di quantificare il compenso o le spese

processuali e di garantire così (cioè, attraverso una limitazione della flessibilità dei parametri) l'uniformità e la prevedibilità delle liquidazioni a **tutela del decoro della professione e del livello della prestazione professionale**" (così, ad es. Cass. 25847/2023, cit.)

Tutela cui, prima che il Giudice, è chiamato ciascun Avvocato.

Basti pensare, ad esempio:

- all'art. 9, comma 1, del Codice deontologico: *"L'Avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza"*

- all'art. 19, stessa fonte:

"L'Avvocato deve mantenere nei confronti dei colleghi e delle Istituzioni forensi un comportamento ispirato a correttezza e lealtà";

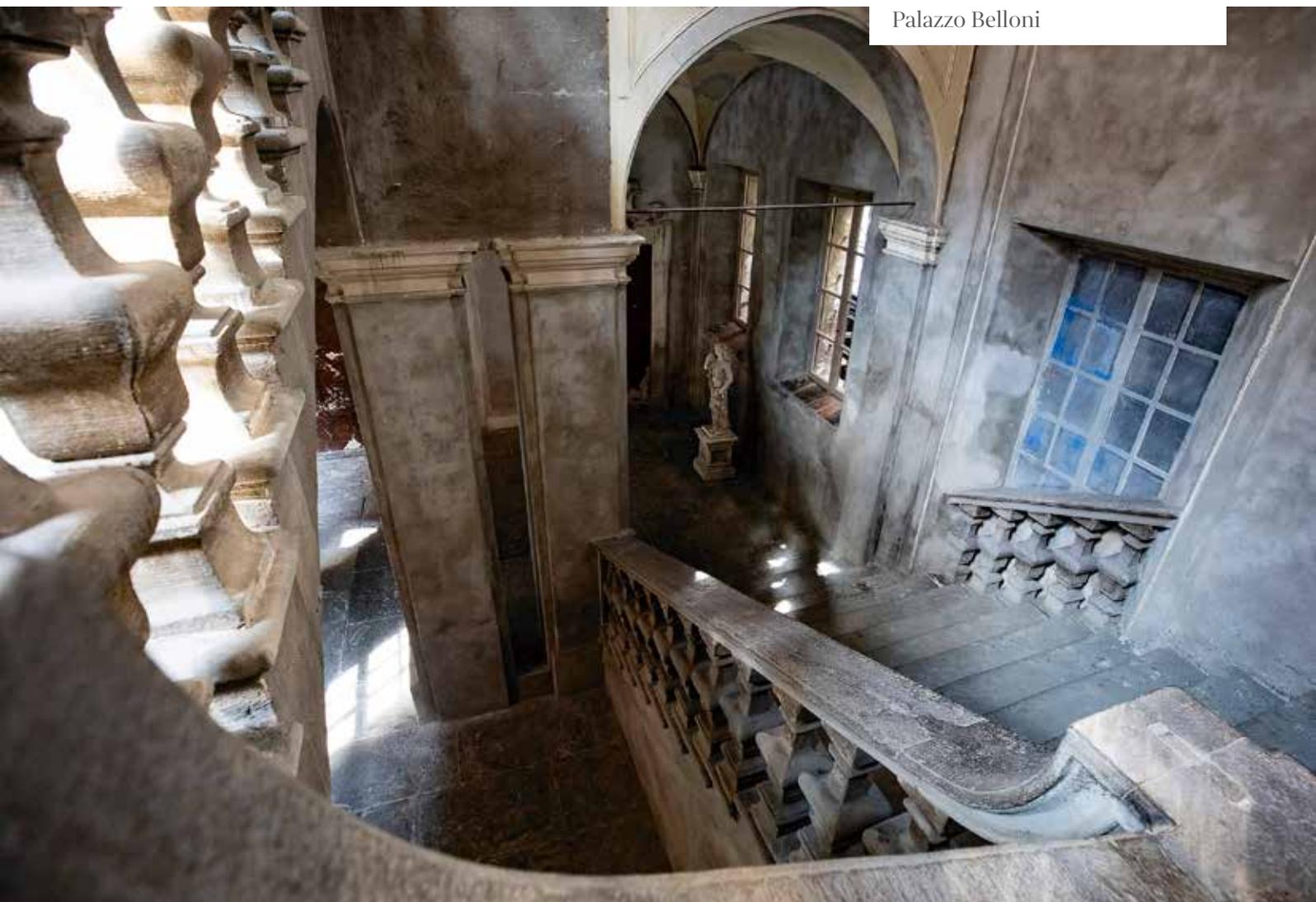
Ma è l'art. 20 del Codice deontologico che potrebbe indurre a ritenere, comunque, già operativi i summenzionati divieti ex art. 5, c. 5, l. n. 49/2023, in ragione del fatto che: *"La violazione dei doveri e delle regole di condotta di cui ai precedenti articoli e comunque le infrazioni ai doveri e alle regole di condotta **imposti dalla legge** o dalla deontologia costituiscono illeciti disciplinari ai sensi dell'art. 51, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247"*.

Resta da capire, in forza dalla sostanziale *vis expansiva* dei parametri ministeriali (che, in combinato disposto, si desume dalla legge sull'equo compenso da una parte e dall'in-

derogabilità dei valori minimi sanciti dalla giurisprudenza, dall'altra) cosa ne sarà del principio di libera pattuizione dei compensi ex art. 25, comma 1, Codice deontologico o se, quantomeno, il limite dei compensi *"manifestamente sproporzionati"* di cui al successivo art. 29, comma 4, possa valere tanto per quelli al rialzo, ma anche per quelli eccessivamente al ribasso.

Per concludere: poche luci, invero assai flebili e tantissime ombre.

Angelo Di Monte



Palazzo Belloni



Palazzo Cordero

Il faticoso e lento cammino delle specializzazioni

L'attuazione della normativa sulle specializzazioni forensi procede assai a rilento, come era facilmente prevedibile¹.

Giova richiamare sinteticamente quanto stabilito dalle norme legali e regolamentari sui "canali" per il conseguimento del titolo di avvocato specialista.

I canali per l'acquisizione del titolo di specialista, previsti dall'art. 9, comma 2, della Legge n. 247/2012 (legge professionale forense) sono due e precisamente: a) l'esito positivo di percorsi formativi almeno biennali; b) la comprovata esperienza nel settore di specializzazione.

A questi due canali va aggiunto un terzo, introdotto dall'art. 2, ("Disposizioni transitorie e finali") comma 3, del Decreto del Ministro della Giustizia 1.10.2020 n. 163, modificativo del Decreto del Ministro della Giustizia 18.8.2015 n.144, contenente il Regolamento per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, laddove si prevede che il titolo di specialista possa essere conferito dal CNF, "in ragione del conseguimento del titolo di dottore di ricerca, ove riconducibile ad uno dei settori di specializzazione".

Allo stato, la situazione è la se-

guente.

1 Il canale della comprovata esperienza si trova, per ora, in fase di stallo. Come già ebbi modo di scrivere su questo periodico², l'ostacolo che ha impedito di sbloccare il canale è rappresentato dalla prevista Commissione di valutazione, deputata a sottoporre l'aspirante specialista al colloquio previsto dall'art. 4 del Regolamento ministeriale.

Della suddetta Commissione, composta da cinque membri, debbono far parte tre avvocati, iscritti all'Albo speciale per il patrocinio avanti le giurisdizioni superiori.

Non si sa con quali criteri la scelta possa essere fatta: è però molto difficile -se non impossibile- che, allo stato, gli avvocati commissari designandi siano già specialisti, a meno che non si ricorra ai pochi avvocati già nominati specialisti, divenuti tali attraverso il canale dei percorsi formativi oppure attraverso il canale del dottorato di ricerca, di cui tra poco dirò. Soluzione che, per molti aspetti, pare non adottabile. Quindi, se non si cambia qualcosa, paradossalmente avvocati non specialisti dovrebbero decidere se attribuire, o non, il titolo di specialisti ad altri avvocati.

2 Il canale dei percorsi formativi pare essere più agevolmente percorribile, in una prospettiva a breve termine, grazie soprattutto all'impegno delle associazioni forensi maggiormente rappresentative, che - a quanto risulta - hanno stipulato convenzioni sulla base di quanto previsto nell'art. 7, del Regolamento ministeriale. È sperabile che le cose vadano avanti senza intoppi, nonostante la farraginosità del procedimento disciplinato dall'art.7, che ha provocato, come è noto, conflitti tra i Consigli degli Ordini e le associazioni forensi maggiormente rappresentative³.

Nell'ambito di tale canale assumono grande importanza le disposizioni transitorie dettate dall'art. 14 del Regolamento ministeriale.

La norma consente agli avvocati, che siano in possesso di un attestato di frequenza di un corso almeno biennale di alta formazione specialistica⁴, di chiedere al CNF il titolo di specialista, previo superamento di una prova scritta e orale avanti una Commissione, la cui composizione è dettata dall'art. 7, comma 8 del Regolamento.

La disciplina transitoria ha avuto -ed ha ancora seppure in misura

1 Come sottolineai in questa rivista: *le specializzazioni: poche luci e molte ombre in Cronache n. 2/2021 pp. 7 ss; Qualche ulteriore considerazione sulle specializzazioni in Cronache n. 2/2022, pp. 8 ss.*

2 *Le specializzazioni: poche luci e molte ombre cit.p.9.*

3 Mi permetto di rinviare a quanto scrissi sul punto in *Le specializzazioni: poche luci e molte ombre cit. p.8.*

4 Il corso deve essere conforme a quanto dettagliatamente previsto dall'art. 14 del D.M n. 144/2015

minore- una notevole rilevanza in quanto viene accorciato di molto l'*iter* per il conseguimento del titolo, considerato che una fase della procedura (il percorso formativo biennale) si considera già espletata.

Giova rimarcare che la disciplina transitoria ha un preciso limite temporale, essendo applicabile esclusivamente a coloro i quali siano in possesso di un attestato di frequenza di un corso almeno biennale di alta formazione specialistica, anche se non concluso; attestazione di frequenza, però, circoscritta ai cinque anni precedenti all'entrata in vigore del D.M.: n.163/2020, contenente il Regolamento ministeriale.

Pur con questi limiti temporali, la disposizione transitoria consente (consentirebbe) di sveltire il procedimento per l'acquisizione del titolo. Il che è stato già fatto con risultati non molto buoni per gli aspiranti al titolo di specialista (*v. infra*).

3 Il canale riservato ai dottori di ricerca è il più agevole, essendo sufficiente la domanda del dottore di ricerca avvocato (in uno dei settori di specializzazione)

al Consiglio dell'Ordine di appartenenza del richiedente; domanda che sarà inviata dal COA al Consiglio Nazionale Forense, che "può" conferire il titolo di specialista, come previsto dall'art. 2, comma 3, del D.M. n. 163/2020.

Pare da escludere, nonostante il verbo utilizzato ("può"), un potere discrezionale del CNF per il conferimento del titolo: a me pare che, qualora il dottorato sia stato ottenuto in uno dei settori o indirizzi previsti, il titolo debba essere conferito.

Su tale disposizione, oggetto di numerose critiche da una parte dell'avvocatura, si è pronunciato il TAR del Lazio, con la sentenza 3.2.2022 n. 1278, che ne ha dichiarato la legittimità, avendo equiparato il possesso del titolo di dottore di ricerca alla certificata frequentazione, da parte dell'avvocato, di corsi, di durata almeno biennale, di alta formazione specialistica conformi a quanto previsto dall'art 7, comma 12, del più volte citato D. M. n. 144/2015.

Da quanto sopra esposto le diffi-

coltà attuative della normativa sulle specializzazioni appaiono ancor oggi importanti e numerose. Da ciò un *iter* attuativo lento e difficoltoso, che ha dato luogo a risultati sconcertanti per quanto riguarda il numero degli avvocati nominati specialisti.

Alla data del 30 ottobre 2023 risulta che solo 293 avvocati hanno conseguito il titolo di specialista, di cui 197 in quanto dottori di ricerca e i restanti attraverso il canale dei percorsi formativi⁵.

C'è da chiedersi se l'esiguità numerica degli avvocati divenuti specialisti dipenda dalla farraginosità delle procedure previste per l'acquisizione del titolo oppure se sia sintomo di disinteresse degli avvocati al conseguimento del titolo di specialista.

Solo il tempo potrà darci qualche risposta.

⁵ il dato è contenuto in MAGLIONE, UVA *Avvocati, solo 293 specializzati. Linee guida per avviare i corsi in Il sole 24 ore* del 30 ottobre 2023, ove si precisa anche, per quanto concerne gli aspiranti al titolo di specialista con l'utilizzazione della norma transitoria di cui all'art.14 del Regolamento ministeriale, che le domande sono state 490, che 231 si sono presentati alla prova scritta e, di questi, solo 93 sono stati promossi.



Attività del Consiglio

Dal 5 luglio al 5 dicembre 2023 il Consiglio si è riunito 12 volte

Elenco delle presenze dei Consiglieri alle adunanze:

avv. Francesco Mattioli	n. 12
avv. Matteo de Sensi	n. 12
avv. Maria Rosaria Nicoletti	n. 12
avv. Vittorio Anelli	n. 12
avv. Simona Cocconcelli	n. 10
avv. Angelica Cocconi	n. 9
avv. Giuseppe Cornetti	n. 11
avv. Daria Fanti	n. 12
avv. Filippo Federico	n. 11
avv. Michele Megha	n. 11
avv. Alessandra Mezzadri	n. 10
avv. Maria Pia Pellegrino	n. 12
avv. Alberto Spaggiari	n. 12
avv. Stefano Squarcina	n. 11
avv. Werner Stricker	n. 12

PARERI DI CONGRUITA' E TENTATIVI DI CONCILIAZIONE

Dal 5 luglio 2023 l'apposita commissione consiliare (ovvero il Consiglio) ha espresso 40 pareri di congruità e la commissione preposta ha svolto tre tentativi di conciliazione ai sensi dell'art. 13 della legge 247/2012, tutti non riusciti.

ESPOSTI

Dal 5 luglio al 5 dicembre 2023 sono pervenuti 31 reclami nei confronti d'iscritti, tutti trasmessi al CDD di Bologna ed uno, per competenza al Consiglio dell'ordine di Milano.

RICHIESTE DI AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Decisioni delle delibere consiliari dal 5 luglio al 5 dicembre 2023:

- ammesse: 76
- non ammesse per superamento del limite reddituale: 6
- in sospenso: 3

Aggiornamento albi

(dal 5 luglio al 5 dicembre 2023)

ISCRIZIONI

- FRANCESCO SAVERIO MASCOLO, delibera 25 luglio 2023;
- FILIPPO CAVIRANI, all'Elenco Speciale degli Avvocati addetti ad Uffici Legali di Enti Pubblici, delibera 19 settembre 2023;
- CEDRIC DE NUZZO, per trasferimento dal COA di Palermo, con decorrenza 24 marzo 2011 e delibera 3 ottobre 2023;
- NICOLA BRIGNOLI, delibera 6 novembre 2023
- DAVIDE MARCHINI, delibera 6 novembre 2023
- VALENTINA GASTALDO, per trasferimento dall'albo ordinario all'elenco speciale dei professori universitari, delibera 14 novembre 2023 con decorrenza 1° novembre 2023

CANCELLAZIONI

- CARMELA DIANIOLA FERRARO, per trasferimento al COA di Reggio Emilia, con decorrenza 22 giugno 2023 e delibera 25 luglio 2023;
- LUCA SOLIMANDO, per trasferimento al COA di Foggia, con decorrenza 14 luglio 2023 e delibera 25 luglio 2023;
- MARGHERITA FERRARI, a domanda, delibera 12 settembre 2023;
- ALESSANDRA TAZZI, a domanda, delibera 19 settembre 2023;
- DANIELE VIGNALI, a domanda, delibera 19 settembre 2023;
- LUCIA SILVAGNA, a richiesta per cessazione del domicilio professionale, delibera 3 ottobre 2023;
- PAOLO LAZZARI, a domanda, delibera 17 ottobre 2023;
- GUIDO BRUNAZZI, a domanda, delibera 24 ottobre 2023;
- ELENA GIUSBERTI, a domanda, delibera 24 ottobre 2023;
- MARA MARCHIANI, a domanda, delibera 24 ottobre 2023.

Al 5 dicembre 2023 gli iscritti all'albo erano **milleduecentocinquantaquattro** (sei in meno rispetto alla precedente rilevazione di luglio 2023)

PRATICANTI SEMPLICI

(dal 5 luglio al 5 dicembre 2023)

Iscritti	n. 12
Cancellati	n. 12

PRATICANTI ABILITATI AL PATROCINIO SOSTITUTIVO

Iscritti	n. 2
Cancellati	n. 1

Whatsapp e prova processuale: *spunti di riflessione*



Il presente contributo intende, senza pretese di esaustività, fornire alcuni elementi e spunti con riguardo alla valenza probatoria dei messaggi scambiati attraverso la popolare applicazione di messaggia via internet "WhatsApp", nonché alle modalità di produzione dei medesimi.

Accade infatti ormai sempre più frequentemente che nell'ambito di un processo, sia civile che penale, importanti prove siano racchiuse negli scambi di messaggi su WhatsApp, (così come in sms, in pagine facebook) e che vengano di conseguenza prodotti in giudizio *screenshot* estratti da tali applicazioni. Questa applicazione è senz'altro diventata uno dei primari strumenti di comunicazione, tanto che in Italia è presente nel telefono di circa 33 milioni di persone.

Ci si è quindi confrontati sulla natura e valenza di tali produzioni documentali e su come le stesse possano essere correttamente acquisite in giudizio dal punto di vista tecnico.

Nel nostro ordinamento, orientato al principio di tipicità dei mezzi di prova, lo *screenshot* stampato o il pdf contenente un messaggio WhatsApp prodotto in giudizio o ancora la fotografia jpg dello schermo del dispositivo, sono ricondotti, come già era accaduto in casi comparabili relativi alle e-mail ed agli sms, tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non tassativa dall'art. 2712 c.c. ai sensi del quale "*Le riproduzioni fotografiche,*

informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

In particolare tali tipi di messaggio costituiscono documenti informatici, cioè a dire documenti che, secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. p) del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 contengono la "*rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*" e pertanto la riproduzione di un messaggio WhatsApp quale riproduzione informatica e meccanica di cui all'art. 2712 c.c. è idonea a formare piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale vengono prodotti non ne disconosce la conformità a fatti o alle cose medesime.

In varie occasioni infatti, in mancanza di disconoscimento delle stampe di alcuni *screenshot* di conversazioni WhatsApp la giurisprudenza sia di merito che di legittimità, ha ritenuto le relative produzioni idonee a formare piena prova del relativo contenuto: cfr. Tribunale di Milano, 10.08.2021 n. 6935 "*parte convenuta opposta non ha disconosciuto né la provenienza né il contenuto de seguente scambio di messaggi WhatsApp avvenuto in data 15.12.2016 e di cui è stato riprodotto in atti il relativo screenshot [...] come già rilevato con ordinanza del 29 gennaio 2020, sussiste prova scritta dell'ac-*

cordo raggiunto dalle parti...". Anche il Tribunale di Ravenna, in presenza di conversazioni intercorse tra le parti, riportate su un cd e non disconosciute dal convenuto, ha ritenuto che "*le conversazioni intercorse tra le parti tramite il servizio WhatsApp dimostrano inequivocabilmente che la Ri. si era impegnata a restituire integralmente le somme sborsate a suo favore dal Co*".

Laddove invece la parte disconosca il documento contenente la riproduzione informatica quest'ultima perde l'idoneità a formare prova di prova: tuttavia, secondo la giurisprudenza sia di legittimità che di merito, il disconoscimento, per essere validamente eccepito, deve essere particolarmente chiaro circostanziato ed esplicito e contenere la precisa allegazione degli elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà ed il contenuto della riproduzione; inoltre è sempre consentito al giudice accertare la conformità all'originale attraverso altri mezzi di prova "*il disconoscimento idoneo fare perdere la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti ed alle modalità di cui all'art. 214 cod. proc. civ., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta, anche se non ha gli effetti del disconoscimento previsto dall'art. 215, secondo comma cod. proc. civ., perché mentre questo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice*

possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni" (Cass.19155/2019, nonché in senso conforme Cass. 3122/2015, Cass. 17526/2016 e Cass. 1250/2008, nonché Tribunale di Napoli 02.01.2023 n. 17).

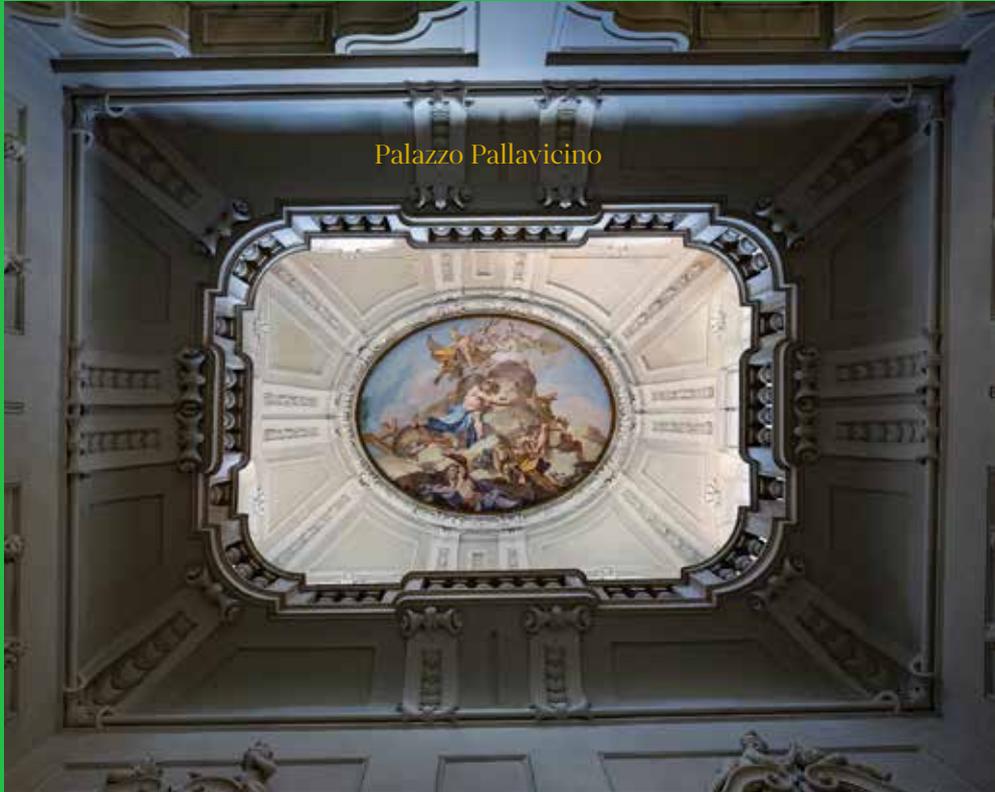
Va quindi evidenziato che la particolare natura del disconoscimento in parola consente di attribuire rilevanza probatoria piena alla conversazione Whatsapp laddove il giudice ne accerti *aliunde* la conformità all'originale, fermo che la riproduzione disconosciuta conserva comunque il valore di semplice argomento di prova liberamente apprezzabile dal Giudice.

Un secondo profilo riguarda poi le criticità che possono insorgere con riguardo alle modalità di produzione dei medesimi ed ai rimedi in caso di disconoscimento: se sembra quindi superato l'orientamento secondo cui l'utilizzabilità della trascrizione della conversazione whatsapp sia necessariamente condizionato all'acquisizione del supporto - sembra propendere in questo senso Tribunale di Milano 24.10.2017 -, la stessa appare senz'altro utile per superare contestazioni, e consentire la verifica dell'autenticità del dato anche se del caso attraverso una perizia sul dispositivo medesimo.

In alternativa all'acquisizione al fine di mettere al riparo il valore probatorio del documento può essere utile acquisire una certificazione dei messaggi redatta da uno perito informatico secondo le relative regole tecniche vigenti.

Si osserva poi che, secondo alcuni interpreti, è possibile richiedere il rilascio di una attestazione di conformità all'originale contenuto nel supporto informatico delle trascrizioni o degli *screenshot* dei messaggi da parte di un notaio o altro pubblico ufficiale a ciò abilitato, anche se tale soluzione non appare agevolmente praticabile posto che anch'essa necessiterebbe di una verifica informatica del dispositivo che presuppone un know-how tec-

Palazzo Pallavicino



Palazzo Rangoni



Palazzo Pallavicino



nico altamente specializzato (differentemente da quanto avviene per le pagine web per le quali non sono necessarie le medesime conoscenze tecniche).

Da ultimo l'autenticità della trascrizione potrebbe essere provata attraverso testimoni che abbiano preso visione della corrispondenza sul relativo dispositivo, la cui valutazione è ovviamente rimessa al giudice.

Con riferimento al diritto penale la Corte di Cassazione, con orientamento ormai assolutamente consolidato, ritiene che i messaggi WhatsApp, così come gli sms e ogni altra comunicazione scritta conservati nella memoria di un telefono cellulare/smartphone, abbiano natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. secondo cui "È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo."

Da tale natura discende la conseguenza che la relativa acquisizione non deve considerarsi sottoposta alle regole previste per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche.

Il problema che si è posto la giurisprudenza ha riguardato il tema della "utilizzabilità" o meno di tali documenti in mancanza del *device* utile al fine di riscontrare l'autenticità del contenuto dei documenti medesimi.

Inizialmente, infatti, la giurisprudenza aveva fissato dei limiti alla utilizzabilità della messaggia whatsapp ritenendo che la stessa non potesse avere alcun valore in mancanza dell'acquisizione del supporto contenente la registrazione: ciò in quanto la trascrizione del contenuto o la copia fotografica del materiale svolgerebbe una funzione meramente riproduttiva del contenuto del documento informatico con conseguente necessità di dover effettuare sullo stesso le verifiche del caso (ad es. attraverso l'estrazione di una copia forense).

La mera riproduzione documentale non era pertanto ritenuta sufficiente a considerare la medesima come attendibile – cfr. al riguardo Cass. 19.06.2017 n. 49016 secondo cui "*La registrazione delle conversazioni WhatsApp, operata da uno degli interlocutori, costituisce una forma di memorizzazione di un fatto storico. L'utilizzabilità della stessa è, tuttavia, condizionata dall'acquisizione del supporto — telematico o figurativo — contenente la menzionata registrazione, svolgendo la relativa trascrizione una funzione meramente riproduttiva del contenuto della principale prova documentale. È indispensabile, infatti, controllare l'affidabilità della prova medesima mediante l'esame diretto del supporto onde verificare con certezza sia la paternità delle registrazioni sia l'attendibilità di quanto da esse documentato.*"

Tale indirizzo è successivamente mutato nel senso che, pur assumendo anch'esso che i dati contenuti in un sistema informatico rientrino tra le prove documentali, si è ritenuto che la copia fotografica di una schermata telematica sia soggetta alla libera valutazione del giudice ed abbia valore probatorio anche se è priva di attestazione ufficiale che ne confermi l'autenticità, richiamando al riguardo (cfr. Cass. 22.2.2018 n. 8736) l'assenza di sanzioni processuali nel caso di mancata osservanza dei protocolli di acquisizione degli elementi di prova digitale. Emblematica di siffatto orientamento è Cass. pen. 19.10.2022 n. 39529 secondo cui "*In tema di mezzi di prova, i messaggi "whatsapp" e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.*" – cfr. altresì Cass. pen. 12.11.2019 n. 1822 la quale ha osservato "*In applicazione di tale principio di diritto, nella specie, i messaggi rinvenuti nella memoria del telefono cellulare dell'imputato risultano, pertanto, essere stati del tutto legittimamente acquisiti al processo*

ed utilizzati ai fini della decisione, giusta la loro natura documentale ex art. 234 c.p.e. la conseguente acquisibilità con una qualunque modalità atta alla raccolta del dato, inclusa la riproduzione fotografica."

Una recente sentenza della Suprema Corte, Cass. 28.06.2023 n. 38678, sembrerebbe ora rimettere in discussione tale ultimo orientamento atteso che, se da un lato riafferma i principi sopra riportati in relazione alla natura dei messaggi ed alla legittimità della loro introduzione mediante riproduzione fotografica, rimette al Giudice il potere discrezionale di valutare in concreto se occorra o meno acquisire il *device* dal quale sono estrapolati i messaggi trascritti e già processualmente acquisiti come documenti.

Un'ultima annotazione in conclusione di questo sintetico excursus deve essere rivolta alla velocità che contraddistingue l'innovazione tecnologica, il cui scorrere frenetico impatta in modi sempre differenti sulle vite dei consociati e rispetto alla quale la giurisprudenza non può oggettivamente tenere il passo, e ciò si traduce in una costante asincronia tra fatto e decisione la quale finisce spesso per coinvolgere temi ormai superati e non più attuali.

Nicola Guerra



Odv

L'avvocato penalista nell'organismo di vigilanza: una presenza (implicitamente) obbligatoria¹

Iniziamo con un paradosso cui alcuni cedono, ma che pochi confessano: è un'idea che la giurisprudenza ha già rigettato e che nella sostanza non è condivisibile, ma dalla quale potrebbe nascere un'intuizione giusta. Eccola: la ragione principale dell'inefficienza del sistema 231² sta nella mancanza di responsabilità penale dell'organismo di vigilanza; se i membri dell'Organismo di vigilanza ("Odv") fossero costretti ad agire nella consapevolezza che, nello svolgere la loro funzione, su di loro incombe una posizione di garanzia incentrata sulla prevenzione dei reati, il sistema 231 sarebbe veramente efficace. Essi rischierebbero, in altre parole, il concorso colposo nel reato che avevano il compito di prevenire, questo alzerebbe di molto il livello dell'attenzione.

Si tratta, come dicevamo, di un paradosso, un'idea non condivisibile, tanto nella prospettiva *de jure condito* – come magistralmente spiegato in alcuni passaggi della sentenza che ha "chiuso" il caso Impregilo – quanto nella prospettiva *de jure condendo*³. La giurisprudenza che

1 Fin dal titolo di questo lavoro si intuisce che chi scrive dovrebbe quantomeno essere in grado di definire cosa sia un avvocato penalista, e invece purtroppo no. Oteremo per una definizione minima, che coincide con l'avvocato che abbia esperienza giudiziale e stragiudiziale in diritto penale. Considerato, però, che il "taglio" del presente lavoro è stato suggerito dall'avvocato Mario Bonati, che ne ha anche rivisto il testo, la responsabilità per eventuali fraintendimenti della figura è condivisa; chi scrive lo ringrazia per i suggerimenti e le correzioni. Si veda, sul punto, E. AMODIO, *MILLE E UNA TOGA. IL PENALISTA TRA CRONACA E FAVOLA*, MILANO, 2010, *PASSIM*.

2 L'applicazione "a macchia di leopardo", nel nostro paese, della responsabilità delle persone giuridiche (tanto nella prospettiva del privato che non lo adotta, non trattandosi di un obbligo), quanto nella prospettiva delle Procure (che non sono obbligate a contestarla) è ormai un dato di comune esperienza.

3 Ci riferiamo alla nota vicenda Impregilo, che avremo modo di richiamare più volte in questo scritto, conclusasi con Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *Sistema penale*, 27 giugno 2022, con nota di C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*. La sentenza ha assolto l'ente dalla responsabilità connessa alla condotta di agiotaggio contestata ai suoi vertici principalmente motivando sul riscontro dell'idoneità del sistema di prevenzione interno, ma si ritiene sussistente anche il requisito dell'elusione fraudolenta nella condotta dei vertici (diversamente da quanto ritenuto dalla cassazione precedente relativa al medesimo caso, che aveva rinviato al giudice di merito anche su questo punto; cfr. Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *Dir. pen.*

si è occupata del tema ha spiegato chiaramente che non vi è, tecnicamente, lo spazio per la configurabilità di una responsabilità penale in capo agli incaricati dell'Odv, per la dirimente ragione che, non avendo questi alcun potere di tipo impeditivo, non può sussistere una posizione di garanzia: ragionare diversamente equivarrebbe a trasformare l'Odv in una sorta di organo di polizia giudiziaria preventivo e interno all'azienda, rischiando, così, di paralizzare l'attività dell'ente, di confondere la figura con quella di altri organi societari, ecc....⁴

Eppure, questa idea sbagliata, se sviluppata sino in fondo, potrebbe portare a un'inferenza che invece ci sentiremmo di condividere: (se il rappresentante dell'Odv assume su di sé un rischio di responsabilità penale, allora) chi potrebbe esservi di meglio, per svolgere il compito, di un soggetto che per lavoro si occupa di responsabilità penale?

È quest'ultima la posizione che vorremmo, brevemente e banalmente, difendere qui, sebbene per ragioni diverse da quella da cui abbiamo preso le mosse: nell'Odv – almeno nella sua composizione collegiale – serve (anche) un avvocato penalista.

Le ragioni più intuitive a sostegno della tesi sono due.

cont., 3 marzo 2014, scheda di L. Santangelo, anche in *Riv. dott. comm.*, 2015, 1, p. 169).

4 Cristallina sul punto, ancora una volta, Cass., n. 23401/2022 (§ 10.1) "Un modello organizzativo che rendesse obbligatorio un preventivo controllo di qualsiasi atto del presidente o dell'amministratore delegato di una società, senza distinzione di contenuti e/o di rilevanza, sarebbe difficilmente conciliabile con il potere di rappresentanza, di indirizzo e di gestione dell'ente, che la legge civile riconosce a quegli organi. Diversamente, l'organismo di vigilanza finirebbe per trasformarsi in una specie di supervisore dell'attività degli organi direttivi e di indirizzo della società, inserendosi, di fatto, nella gestione di quest'ultima ma, in tal modo, esorbitando dal compito affidatogli dall'art. 6, lett. b), d.lgs. 231, cit., che è solamente quello di individuare e segnalare le criticità del modello e della sua attuazione, senza alcuna responsabilità di gestione. Peraltro, un potere così pervasivo risulterebbe attribuito a tale organo con esclusivo riferimento al profilo della responsabilità da reato, dando così luogo ad un groviglio di competenze e ad un'evidente disarmonia di sistema, dal momento che, in ordine agli effetti civili di quegli stessi atti, quell'organismo non avrebbe poteri interdittivi o d'interlocuzione. Invero, l'organismo di vigilanza non può avere connotazioni di tipo gestorio, che ne minerebbero inevitabilmente la stessa autonomia: *ad esso spettano, piuttosto, compiti di controllo sistemico continuo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo di cui l'ente si è dotato*" (corsivo aggiunto). La giurisprudenza sul punto, a quanto ci consta, ha sinora negato la configurabilità di una posizione di garanzia in capo all'Odv, cfr. Cass., 2 maggio 2016, n. 18168. Diverso il discorso per la responsabilità sul piano civile, che però qui non interessa.

Innanzitutto, l'avvocato penalista dovrebbe essere, per definizione, esterno all'ente, indipendente dal contesto nel quale viene eventualmente chiamato a far parte dell'Odv: sembrerebbe agevole dire, quindi, che uno dei requisiti fondamentali dell'Odv – l'indipendenza e autonomia – gli sia connaturato. Questo, però – si potrebbe controbattere – varrebbe per qualsiasi professionista: finita la riunione fa ritorno al proprio studio, a un quotidiano che è estraneo alle gerarchie aziendalistiche del singolo ente presso il quale ricopre il ruolo di cui stiamo discutendo⁵.

Più centrale allora la seconda ragione, che attiene a ciò che vale a distinguere l'avvocato penalista dagli altri professionisti eventualmente reclutabili nell'Odv: questi conosce i reati e come essi si consumano, ha visto dispiegarsi in giudizio la prova, il governo giudiziale delle massime d'esperienza e ha sviluppato una certa sensibilità per le logiche connesse alla commissione e all'accertamento di un reato. È dunque in grado di immedesimarsi in chi i reati persegue e giudica.

Certo occorre non dimenticare

5 Inoltre, si starebbe comunque trattando di un indice di indipendenza formale, in alcuni casi (soprattutto quelli in cui il legale avesse già prestato la propria attività in favore dell'ente) agevolmente superabile e che certamente non sarebbe conclusivo; è sufficiente, sul punto, richiamare alla mente il noto arresto del Trib. Vicenza, sez. pen., 17 giugno 2021 (UD. 19 marzo 2021), n. 348, disponibile sul sito di *Giurisprudenza penale*, con commento di C. Santoriello, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'Odv: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*; in quel caso il Tribunale, al fine di negare l'indipendenza dell'Odv, si sofferma sulla composizione dell'organismo, cui appartenevano il direttore dell'*Internal Audit* presso la banca (che dipendeva gerarchicamente e funzionalmente dai soggetti che era tenuto a controllare), mentre gli altri due membri erano avvocati che erano stati ad altro titolo già retribuiti dalla società; l'A., nel commento, evidenzia tuttavia che "il profilo attinente all'indipendenza dei componenti l'Odv non va, infatti, esasperato giacché, a ben vedere, ciò che è necessario, per escludere la responsabilità della società, non è tanto che i soggetti nominati in tale ruolo siano indipendenti "in astratto" quanto che agiscano come tali ovvero che nella loro azione non si facciano condizionare da eventuali legami con l'ente presso il quale operano. In sostanza, il giudizio sull'indipendenza dei componenti dell'Odv non va operato in via preventiva ma alla luce di come gli stessi hanno svolto il loro compito, tant'è che forse sarebbe più corretto articolare le motivazioni di condanna dell'ente non facendo leva sulla circostanza che i membri dell'Organismo di Vigilanza presentavano eventuali "legami" con l'ente imputato quando sostenendo che gli stessi non hanno esercitato correttamente i propri compiti e ciò in ragione, presumibilmente del fatto che non godevano della necessaria indipendenza" (*ibid.*, p. 2).

che il reato che si deve prevenire, in questo contesto normativo, non è solo quello del soggetto apicale o del sottoposto alla vigilanza altrui (ex artt. 5, 6 e 7 del decreto), ma proprio il "reato" dell'ente, che consiste nel non avere predisposto ostacoli adeguati a prevenire il primo illecito, quello della persona fisica.

È dunque necessario comprovare la tenuta della nostra posizione alla luce di un rapido confronto con la struttura della responsabilità dell'ente.

Da non molto, in realtà, grazie a una già citata sentenza della cassazione (Cass. n. 24301/2022), possiamo dare per acquisito che la sistematica del decreto 231 abbia una natura squisitamente penalistica.

Questo non solo per la natura giuridica delle sanzioni che il decreto commina all'ente – problema sul quale, come noto, si è discusso moltissimo in dottrina, fin da subito – ma soprattutto perché la giurisprudenza ha (finalmente) chiarito che la struttura della responsabilità dell'ente deve essere costruita per analogia (pur con i necessari adattamenti) sul modello tipologico della colpa della persona fisica⁶. L'accerta-

6 La dottrina individua la ragione centrale dei meriti della cassazione conclusiva della vicenda Impregilo (Cass. n. 24301/2022) nell'aver realizzato un definitivo passo "nel processo di assimilazione dello statuto della colpevolezza dell'ente a quello della colpa penale (dell'individuo), che, ferme le relative prerogative "ontologiche", si è da sempre auspicato. Ciò è dimostrato, in particolare, dai passi della pronuncia nei quali, ai fini fondativi della responsabilità della società, si insiste sull'effettiva inferenza causale della riscontrata lacuna organizzativa rispetto alla concreta dinamica criminosa, richiedendo conclusivamente l'effettuazione del test del comportamento alternativo lecito", così A. F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, in A. Amati – L. Foffani – T. Guerini (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Mazzacova*, Pisa, 2023, pp. 625 e ss., a p. 17, che la ritiene una "decisione storica ai fini della definizione dell'oggetto, della struttura e dell'accertamento dell'illecito dell'ente". La cassazione, infatti, pur ravvisando l'inidoneità della disciplina interna riguardo la costituzione e attività dell'Organismo di vigilanza interno (non sufficientemente indipendente o autonomo rispetto all'organo di gestione), ne ritiene l'irrelevanza causale; cfr. Trib. Milano 17.11.2009, Gip Manzi, in *Le società*, 2010, 473; Corte App. Milano, 18.6.2012, in *Le società*, 2013, 963; dopo la cassazione del rinvio, già citata, anche la Corte di Appello di Milano (con sentenza del 10 dicembre 2014, riconfermava l'assoluzione della società) e si viene così alla Cass. n. 23401/2022; cfr. E. Fusco-C.E. Paliero, *L'"Happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in *Sist. pen.*, 27.9.2022, in part. p. 125 e p. 129 ss. sulla costruzione "analogica" della colpa dell'ente (si veda, in particolare il "punto" e "contrappunto" fra i due Aa. proprio in relazione a tale assimilazione strutturale); per una ricostruzione della

mento della colpa di organizzazione, quindi, presuppone – come nel caso della responsabilità colposa della persona fisica – l'individuazione di una regola cautelare e la prova della causalità della colpa (mediante il test del comportamento alternativo lecito): parliamo di "responsabilità da reato dell'ente", ma si tratta, nella sostanza, di un reato colposo dell'ente, accertato secondo una forma di giudizio che fa parte dello strumentario del penalista⁷. Ricordiamo, poi, che il processo nel quale tale giudizio si consuma è pur sempre quello penale (anche se non simultaneo a quello nei confronti della persona fisica).

Ora, la peculiarità di questo giudizio di accertamento della colpa, è il suo oggetto, che è una "condotta di (rectius, un'omissione di) produzione normativa": l'ente viene giudicato colpevole perché non ha predisposto regole idonee a prevenire il reato presupposto posto in essere dalla persona fisica⁸.

vicenda A. Sereni, *L'ente guardiano*, Torino, 2016, 85 ss.; V. Manes-A. F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze-M. Mantovani, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, Urbino, 2016, pp. 141 ss.; C.E. Paliero, *La società assolta per il reato dei "vertici": una sentenza "apripista"*, in *Le Società*, 4/2010, p. 476 ss.

7 "le comunicazioni integranti i delitti di agguataggio commessi da presidente ed amministratore delegato, infatti, sarebbero state il frutto di un'iniziativa estemporanea di costoro, tra loro concordata in tempi ristrettissimi, rispetto alla quale rimane del tutto indifferente il grado di autonomia più o meno ampio riconosciuto all'organismo di vigilanza, come pure la sua composizione monocentrica" (Cass. n. 23401/2022, cit., § 9). Sull'intrinseca problematicità della valutazione di idoneità del sistema di prevenzione, che è valutazione di prognosi postuma (e sul relativo rischio di un ragionamento fondato sul senno del poi); cfr. F. Sgubbi - V. Manes, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi: spunti problematici e questioni applicative*, in *lus17@unibo.it*, 2009, 231 e ss.; V. Manes-A. F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., 137; V. Manes, *Profili di metodo nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in R. Borsari (a cura di), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 334; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 2080 e 2088. Sulla natura cautelare del modello; cfr. C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008; Id., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le soc.*, 4, 2010, p. 477.

8 Esplicita, sul punto, Cass. pen., n. 4677/2013.: "Il giudice penale non è chiamato [...] a valutare una condotta umana, ma il "frutto" di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e

In questo punto si innesta una intersezione fra aspetti statici e dinamici del sistema di prevenzione che il decreto – riferendo il giudizio di idoneità al solo modello di organizzazione e di gestione (art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001) – non aiuta a dipanare⁹.

Innanzitutto, è il modello stesso ad avere un aspetto necessariamente dinamico: esso è idoneo se è aggiornato tanto sul versante interno (rispetto ad eventuali modifiche della struttura interna dell'ente o a certe scelte aziendali che dovessero modificare il rischio-reato) quanto su quello esterno, ovvero sul versante delle modifiche normative¹⁰. Queste, è bene evidenziarlo, possono riguardare tanto il decreto 231 stesso (la costante espansione della lista dei reati presupposto per la responsabilità dell'ente è un dato ormai di comune esperienza), quanto le modifiche alle singole fattispecie incriminatrici presupposto.

L'organismo di vigilanza si colloca al centro di questo *continuum* normativo (un po' statico, un po' dinamico) e gioca un ruolo centrale ai fini del giudizio di idoneità della sistemazione dei controlli interni: l'art. 6 parla di idoneità del modello, ma

si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adeguatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere», corsivi aggiunti.

9 Sottolinea l'insufficienza sistemica del decreto M. N. MASULLO, *COLPA PENALE E PRECAUZIONE NEL SEGNO DELLA COMPLESSITÀ*, NAPOLI, 2012, p. 136.

10 Incidentalmente questo permette di ricordare l'elaborazione giurisprudenziale riguardo i requisiti non scritti di "personalizzazione", concretezza e dinamismo del MOG. Sulla necessaria concretezza del modello cfr. Uff. indagini preliminari Milano, 8 marzo 2012, in *Giur. merito*, 2012, 9, 1899; Trib. Milano, 20 settembre 2004, il modello «dovrà [...] essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce», parla anche di «adempimento solo burocratico e non seriamente operativo [...] carattere solo burocratico»; Trib. Firenze, 15 maggio 2012 parla di «valenza solo formale [...] semplice compilazione cartacea»; Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, «adempimento solo burocratico e non seriamente operativo»; Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, «assenza di una chiara indicazione di contromisure idonee [...] gli elementi fattuali indicati quali sintomatici della volontà della Società di rompere rispetto al passato e alla precedente gestione risultano solo "apparenti"»; Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442 «previdenza di misure preventive solo "sulla carta" [...] assenza di alcun tipo di garanzia [...] aver adottato una politica aziendale di mero formalismo cartolare ("paper compliance policy")»; Cass. pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316 «il modello [...] è rimasto un interessante testo di teoria».

è pur sempre il modello a regolare la composizione dell'organo di vigilanza e la sua attività (la sua composizione, il suo *budget*, il suo grado di indipendenza dal vertice aziendale, ecc...)¹¹.

Vi sono aspetti statico-programmatici, quali la scelta dei componenti (prediligendo l'aspetto dell'autonomia e dell'indipendenza); la predisposizione di un contesto operativo che permetta all'Odv di esercitare i suoi "autonomi poteri di iniziativa e controllo" (art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231/2001), ponendo la giusta attenzione a temi cruciali a quella che sarà la prospettiva dinamica, *in primis* quello dei flussi di informazione fra l'Odv e l'organo gestorio dell'ente, in modo tale, ad esempio, da permettere ai componenti dell'organismo di vigilanza di muoversi autonomamente nel reperimento di informazioni all'interno della struttura aziendale (oppure quello del *budget* dell'Odv, che potrebbe avere necessità di approfondire temi tecnici commissionando appositi *audit*).

Vi è, poi, l'aspetto dinamico dell'attività di vigilanza "sul funzionamento e sull'osservanza" del modello (art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231/2001), che deve dimostrarsi, al momento del bisogno, "non omessa e sufficiente" (cfr. art. 6, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 231/2001). Anche questo aspetto, come si anticipava, può rivelarsi determinante in sede di accertamento della responsabilità dell'ente e il suo riscontro dipende tanto dalla diligenza dei componenti dell'Odv, quanto dalla possibilità di affermare che sussistessero le giuste condizioni per lo svolgimento del compito, di cui si diceva sopra.

Vi è, poi un ulteriore aspetto che complica ulteriormente le cose e che, nella prassi è spesso foriero di equivoci. L'Odv, stando alla lettera della legge (art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001) assume su di sé anche il compito di "curare l'aggiornamento dei modelli". Non è difficile riscontrare nella prassi un approccio, da parte di chi amministra l'ente, di delega

11 Definisce la disciplina interna dell'Odv come una meta-regola (dinamica ed *ex post*) volta a presidiare le regole autonorme C. E. PALIERO, *L' "HAPPY END" ...*, CIT., p. 130.

della "problematica 231" ai componenti dell'Odv: si equivoca l'adozione del modello come un investimento che deve ripagarsi da solo, così che l'Odv viene erroneamente inteso come un vero e proprio organo sociale, deputato a farsi esclusivo carico del rispetto dei principi del Decreto 231, ovvero – sostanzialmente – a scrivere le regole su cui poi dovrebbe vigilare.

Se, però, si conosce l'accertamento della colpa nelle organizzazioni o nelle attività complesse, si sa che è fondamentale procedere a una corretta ripartizione delle aree di competenza¹², ripartizione che deve riverberare tanto nella forma quanto nella sostanza della struttura di organizzazione interna.

Il modello è e deve restare un atto dell'organo gestorio: rispetto ad esso, quando la legge assegna all'Odv un compito di cura dell'aggiornamento si riferisce a una funzione propulsiva e consultiva, che i rappresentanti dell'organismo di vigilanza esercitano interloquendo con l'organo gestorio e suggerendo eventuali modifiche, le quali però dovranno essere condivise nell'elaborazione, formalmente adottate, successivamente diffuse e applicate all'interno dell'organizzazione.

Rispetto a questo compito consultivo, lo si anticipava, il penalista può dare un contributo determinante: oltre alle modifiche positive alle disposizioni che definiscono i reati-presupposto, che sono sempre più ricorrenti, vi è il diritto vivente e il giudizio di responsabilità colposa dell'ente, che non deve confrontarsi (solo) con la legge penale, ma con il diritto penale, per come esso viene concretamente applicato¹³.

12 Cfr. D. MICHELETTI, *IL CRITERIO DELLA COMPETENZA SUL FATTORE DI RISCHIO CONCRETIZZATOSI NELL'EVENTO. L'ABBREVIO DELL'IMPUTAZIONE COLPOSA*, IN *CRIMINALIA*, 2015, p. 509 e ss.

13 Cfr. C. F. PALAZZO, *LEGALITÀ FRA LAW IN THE BOOKS E LAW IN ACTION*, IN *DIR. PEN. CONT. – RIV. TRIM.*, 3, pp. 4 e ss.; M. DONINI, *FATTISPECIE O CASE LAW? LA "PREVEDIBILITÀ DEL DIRITTO" E I LIMITI ALLA DISSOLUZIONE DELLA LEGGE PENALE NELLA GIURISPRUDENZA*, IN *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 2018, pp. 79 e ss.; F. VIGANÒ, *IL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE IN MATERIA PENALE*, IN *DIR. PEN. CONT.*, 19 DICEMBRE 2016; A. CADOPPI, *PERCHÉ IL CITTADINO POSSA "...ESATTAMENTE CALCOLARE GL'INCONVENIENTI DI UN MISFATTO". ATTUALITÀ E LIMITI DEL PENSIERO DI BECCARIA IN TEMA DI LEGALITÀ*, IN *IND. PEN.*, 2015, p. 569 e ss.; V. MANES, *COMMON LAW-ISATION DEL DIRITTO PENALE. TRASFORMAZIONI DEL NULLUM CRIMEN E SFIDE PROSSIME FU-*

Da una parte abbiamo, dunque, la colpa dell'ente – e la colpa è un *mondo*, che favorisce un'imputazione liquida, in cui, ad esempio, la contestazione di colpa generica e quella di colpa specifica sono intercambiabili¹⁴ – dall'altra potremmo incontrare interpretazioni delle disposizioni incriminatrici legate all'emersione di nuove forme di responsabilità penale che difficilmente si riscontrerebbero dalla mera lettura del testo di legge. A fronte di alcuni di questi "rischi-reato", l'ente sbaglia se pensa di potersi giustificare, a cose fatte, limitandosi a sostenerne l'imprevedibilità. Nella sicurezza sul lavoro, ad esempio, si consideri lo scenario legato alla responsabilità da *security* (e non da *safety*), dunque una responsabilità che potrebbe discendere dal non avere sufficientemente gestito rischi sistemici (da terrorismo, o instabilità politica) legati al luogo nel quale il lavoratore viene inviato: si tratta di voci di rischio che non compaiono nel T.U. n. 81/2008, ma rispetto alle quali la giurisprudenza inizia a prestare attenzione e che potrebbero essere addossate anche all'ente, nella misura in cui avesse risparmiato con la mancata adozione di idonee contromisure¹⁵. Nel diritto penale tributario si pensi alle sempre più ricorrenti contestazioni di inesistenza soggettiva nei casi di appalto e somministrazione di manodopera, rispetto ai quali è bene implementare una sistema di serrati controlli interni per verificare l'effettiva *esistenza* del proprio interlocutore sul mercato¹⁶.

TURE, IN CASS. PEN., PP. 955 E SS.; F. CONSULICH, *COSÌ È (SE VI PARE). ALLA RICERCA DEL VOLTO DELL'ILLECITO PENALE, TRA LEGGE INDETERMINATA E GIURISPRUDENZA IMPREVEDIBILE*, IN SIST. PEN., 10 APRILE 2020.

14 Cfr. E. MUSCO, *LA CONTESTAZIONE DEI REATI COLPOSI*, IN RIV. IT. DIR. PROC. PEN., 1971, 330 SS.; CFR. CASS. 23.10.1997, GEREMIA, IN CASS. PEN., 1998, 3381; CASS. 11.7.2001, BARNES, IN CASS. PEN., 2002, 3834, CON NOTA CRITICA DI D. CASTRONUOVO, *LA CONTESTAZIONE DEL FATTO COLPOSO: DISCRASIE TRA FORMULE PRASSEOLOGICHE D'IMPUTAZIONE E CONCEZIONI TEORICHE DELLA COLPA*.

15 Sul tema, volendo, F. DONELLI, *LA VIOLENZA COME INFORTUNIO: SPECIFICARE LA COLPA E RAGIONARE PER PRINCIPI*, IN LA LEGISLAZIONE PENALE, 24.4.2021.

16 E così "sussiste la responsabilità della società con riferimento al reato presupposto rappresentato dal delitto di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture relative ad operazioni inesistenti nel caso in cui i dirigenti dell'impresa facciano uso di fatture rilasciate da una società che ha effettuato interposizione illegale di manodopera essendo irri-

Vi è un diritto penale non scritto che è fondamentale tenere in considerazione quando si struttura l'organizzazione interna di prevenzione.

Ritornando all'apporto dell'Odv rispetto alla cura dell'aggiornamento del modello, quanto detto sinora non deve essere inteso nel senso che la ripartizione delle sfere di competenza – nell'elaborazione e aggiornamento del modello – sia *quantitativa*: essa deve essere intesa in senso qualitativo, ovvero decisa alla luce delle attribuzioni del singolo organo (od organismo) che dà l'impulso alla modifica. Può darsi il caso che l'Odv si renda conto della possibilità di una modifica del modello che si riveli radicale, ad esempio perché attiene all'impostazione di fondo del documento. Un esempio, anche qui, per chiarire l'idea. Non è infrequente ritrovarsi innanzi a modelli che, invece che per processi produttivi, ragionino per categorie di reato: si "ricopia" la struttura della parte speciale del Decreto 231, riprendendo la lista di fattispecie presupposto, indicando al seguito di ciascuna disposizione i singoli processi che potrebbero fare emergere quello specifico rischio di reato. Per noi, però, centrale è il fatto¹⁷: anche solo dal punto di vista dell'efficacia comunicativa del modello, un ribaltamento di prospettiva apporterebbe un miglioramento; si dovrebbe allora muovere da una mappatura dei processi produttivi – ciò che, incidentalmente, dimostra una solida conoscenza, da parte dell'organo amministrativo, della realtà aziendale – e per ciascuno dei processi indicare – anche grazie alla mediazione, in funzione consultiva, dell'Odv (ma non solo) – i rischi-reato che il singolo processo implica. Ne discende: una più chiara enucleazione delle regole; una più chiara ripartizione delle competenze nell'elaborazione delle regole stesse; soprattutto diventa più chiaro, a ciascun destinatario delle regole, quale sia lo specifico insieme di rischi reato che il processo produttivo al quale

levante la circostanza che in tali ipotesi siano stati effettivamente sopportati i costi per il pagamento dei lavoratori", secondo Cass., sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302.

17 Per tutti, G. DELITALA, *IL "FATTO" NELLA TEORIA GENERALE DEL REATO*, PADOVA, 1930.

è "preposto" porta con sé.

Chiudiamo queste nostre brevi riflessioni con un ultimo ribaltamento di prospettiva, indicando quello che, a nostro parere, sarebbe l'apporto che l'esperienza nell'Odv porta al penalista che decida di farne parte.

Un compianto Maestro ha indicato la zona nella quale operiamo come un'*immoralità necessaria*, che è il titolo, garbatamente provocatorio, di un'opera il cui senso, profondissimo, chi scrive non è in grado di riassumere¹⁸. In quel titolo si trovano tante cose, anche – senza sterili vittimismo – un'eco dello stigma che a volte la nostra professione porta con sé, tanto agli occhi della collettività, quanto, a volte, agli occhi degli altri operatori della giustizia penale. Parte di esso, nel contesto normativo del quale parliamo, rischia di confluire in un altro pregiudizio, corroborandolo, un pregiudizio che il legislatore a tratti pare condividere e che potremmo definire una sfiducia nei confronti dell'auto-normazione del privato¹⁹. Tracce positive di questa sfiducia si trovano, ad esempio, nel requisito dell'elusione fraudolenta (art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231/2001), che più o meno esplicitamente finisce per evocare la prospettiva nella quale l'inidoneità del modello sia programmata, frutto della callida preordinazione di regole vuote²⁰.

Chi garantisce, quindi, che un

18 Ci riferiamo evidentemente a M. NOBILI, *L'IMMORALITÀ NECESSARIA. CITAZIONI E PERCORSI NEI MONDI DELLA GIUSTIZIA*, BOLOGNA, 2009; PER UNA SPLENDIDA RILETTURA DEGLI INSEGNAMENTI DI QUELL'OPERA RINVIAMO A L. ZILLETI, *IL POTERE DEI PIÙ BUONI E ALTRE SCONVENIENZE*, MILANO-UDINE, 2020, IN PART. PP. 35 E SS.

19 Nel senso che il decreto 231 si risolve in una delega ai privati di compiti afferenti al controllo della legalità dell'economia spettanti allo Stato, per tutti, F. CENTONZE, *RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI E AGENCY PROBLEMS. I LIMITI DEL D.LGS. N. 231 DEL 2001 E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA*, IN RIV. IT. DIR. E PROC. PEN., 2017, 945 SS.

20 L'elusione fraudolenta del modello è, come noto, uno dei presupposti per l'esclusione della responsabilità dell'ente nel caso in cui il reato presupposto sia commesso da un soggetto apicale. Si tratta di un requisito estremamente problematico – con il quale Cass. n. 24301/2022, peraltro, si cimenta direttamente – di cui più voci, per molteplici ragioni che non vi è lo spazio per sviluppare qui, richiedono l'eliminazione; secondo una posizione dottrinale l'unica possibilità di rinvenire un significato plausibile, alla prova della prassi, di questo inciso è quella di intenderlo come l'esclusione della possibilità che l'elusione del modello sia stata previamente "concordata"; cfr. A. F. TRIPOLI, *L'ELUSIONE FRAUDOLENTA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI*, PADOVA, 2013, difesa anche in scritti più recenti dell'A.



Palazzo Borri

soggetto che per mestiere opera in funzione della minimizzazione o del contenimento del rischio penale, in una dimensione che è giocoforza anche di prossimità rispetto a chi di quel reato è accusabile, possa effettivamente contribuire all'intensificazione di un presidio privatistico rispetto al rischio-reato?

Nulla.

Se non forse il fatto che per noi, questa, è una sfida inedita: operare nella prospettiva di un possibile giudizio futuro incentrato non su condotte, ma su regole, in cui la condotta sottoposta a scrutinio è la regola stessa, che anche noi abbiamo contribuito a far applicare e, a volte, persino a plasmare. Di fatto, per chi fa il nostro mestiere, si tratta dell'unico scenario nel quale operiamo apertamente come formante giuridico: è una sensazione che forse solo i giudici provano, quando le loro sentenze vengono impugnate. Al contempo, nell'assumere tale veste, diveniamo parte di una battaglia culturale sulla politica del diritto, un confronto fra

il diritto delle regole (quelle che noi contribuiamo a scrivere) e il diritto dei principi (quelli sui quali la giurisprudenza spesso – e moltissimo in questo contesto normativo – non esita a poggiare le proprie decisioni)²¹.

21 È un discorso molto ampio, per limitare l'attenzione al contesto normativo in parola è appena il caso di notare il proliferare, in giurisprudenza, di principi riconducibili alla 231 (il principio di segregazione delle funzioni, il principio di terzietà dell'OdV rispetto all'organo gestorio, ecc...). La prima cassazione del caso Impregilo (Cass. n. 66477/2013 – che aveva rinviato), ad esempio, aveva sostenuto che nel valutare il peso dell'adeguamento alle bozze predisposte dalle associazioni di categoria il giudice deve fare riferimento "alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e in primis a quelle costituzionali: cfr. art. 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza" (*ibid.*, §3.2); da tempo la dottrina invoca un ritorno, in questo contesto, alla cultura delle regole; cfr., da ultimo, C. PIERGALLINI, *UNA SENTENZA "MODELLO"...*, *CIT.*, IN PART. PP. 6 E 7, che ripropone l'idea che si prenda, quale modello tipologico per la strutturazione della responsabilità dell'ente, la colpa specifica, evidenziando anche la possibilità di inserire una presunzione *iuris tantum* di idoneità preventiva, superabile dal giudice solo con una motivazione (poco sopra, a p. 5, l'A. ricorre alla nota distinzione fra regole cautelari proprie e improprie, accostando a queste ultime la morfologia della colpa nel contesto 231, ritenendo la minimizzazione del rischio "compatibile con i margini di incertezza tipicamente ricollegabili alla struttura della regola stessa"; appoggiandosi alla nota distinzione di P. Veneziani; cfr. P. VENEZIANI, *REGOLE CAUTELARI "PROPRIE" ED "IMPRO-*

Certo, è una battaglia che, così impostata e senza l'aiuto di una giurisprudenza consapevole (come, per molti aspetti, potremmo definire la sentenza conclusiva del caso Impregilo), siamo inesorabilmente destinati a perdere: eppure, forse proprio per questo, non ci pare ragionevole pensare che, per farci comprendere che tutto questo è tremendamente serio, sia necessario paventare una "parte maledetta" del castigo, un vero e proprio paradosso giuridico, quale sarebbe una responsabilità penale dell'OdV²².

Federico Donelli

PRIE, PADOVA, 2003, *PASSIM*); SI VEDA ANCHE LA "CLASSIFICAZIONE" DELLE REGOLE CAUTELARI INVOCABILI IN QUESTO CONTESTO OFFERTA IN M.N. MASULLO, *OP. CIT.*, CAP. IV, IN PART. PP. 288 E 301 SS.

22 Cfr. D. FASSIN, *PUNIRE. UNA PASSIONE CONTEMPORANEA*, MILANO, 2018, p. 108 PARAFRASANDO G. BATAILLE, *LA PARTE MALEDETTA*, TORINO, 2015, per indicare la parte del castigo che è sempre in eccesso a ciò che è previsto che sia, di cui né le interpretazioni né le giustificazioni riescono a dare pienamente conto.

Benvenuti nell'era dell'avvocatura digitale 2.0

L'avvento dell'intelligenza artificiale nella professione legale

L'intelligenza artificiale (IA) rappresenta uno dei temi più attuali e rivoluzionari del nostro tempo. Questa disciplina, che si occupa di sviluppare sistemi in grado di simulare l'intelligenza umana, sta rapidamente trasformando numerosi settori della nostra vita quotidiana. Dagli assistenti virtuali alle automobili autonome, dai sistemi di raccomandazione online alla diagnostica medica, le applicazioni dell'IA sono sempre più diffuse e stanno rivoluzionando il modo in cui interagiamo con la tecnologia e con il mondo che ci circonda. La continua evoluzione e diffusione di sistemi basati sull'IA evidenziano il suo impatto pervasivo e in costante crescita nella società contemporanea.

Definire e comprendere l'intelligenza artificiale (IA) è quindi estremamente complesso, trattandosi di un campo vasto che comprende diverse categorie e approcci che hanno portato allo sviluppo di vari tipi di intelligenza artificiale, con finalità e caratteristiche tra loro distinte, tra cui si possono elencare, seppur a titolo non esaustivo:

■ **Intelligenza Artificiale Debole (Weak IA) o Intelligenza Artificiale Stretta (Narrow IA):** progettata per svolgere attività specifiche e limitate quali, sistemi di raccomandazione, chatbot, riconoscimento vocale o di immagini.

L'IA debole opera entro confini ben definiti e non possiede consapevolezza o comprensione oltre il suo ambito specifico.

■ **Intelligenza Artificiale Forte (Strong IA) o Intelligenza Artificiale Generale (AGI):** può comprendere, apprendere, ragionare

e risolvere problemi in modo simile agli esseri umani.

L'obiettivo è sviluppare un'IA che possa affrontare una vasta gamma di compiti in modo autonomo e flessibile, simile alla mente umana.

■ **Apprendimento Supervisionato:** si tratta di un IA in cui l'algoritmo apprende dai dati di addestramento etichettati, utilizzando coppie di input-output per imparare a fare previsioni o classificazioni quando si trovano di fronte a nuovi dati.

■ **Apprendimento Non Supervisionato:** l'IA impara dai dati senza essere guidata da etichette o risposte desiderate.

L'algoritmo cerca di trovare pattern o strutture nascoste nei dati, creando raggruppamenti o classificazioni senza l'ausilio di dati etichettati.

■ **Apprendimento Rinforzato:** l'IA è basata sul concetto di apprendimento tramite premi e punizioni: apprende attraverso un processo di prova ed errore, ricevendo ricompense o penalità in base alle azioni intraprese in un ambiente specifico.

■ **Reti Neurali Artificiali:** sistemi di IA ispirate al funzionamento del cervello umano, costituite da unità di elaborazione connesse (neuroni artificiali) organizzate in strati. Vengono utilizzate per problemi di riconoscimento di modelli complessi, come riconoscimento di immagini, traduzione automatica, analisi del testo, etc.

■ **Reti Neurali Convolutionali (CNN):** progettate per l'elaborazione di dati strutturati, come immagini. Hanno strati convoluzionali

(algoritmi che eseguono le operazioni di convoluzione applicando i filtri alle diverse parti dell'immagine per estrarre caratteristiche rilevanti), utilizzati per l'elaborazione e l'analisi delle immagini e riconoscere pattern spaziali: sono ampiamente utilizzate in applicazioni di visione artificiale.

■ **Reti Neurali Ricorrenti (RNN):** progettate per gestire dati sequenziali, come il linguaggio naturale o serie temporali. Hanno una memoria interna che consente loro di considerare informazioni precedenti nel processo decisionale.

■ **Logica Fuzzy:** IA sviluppate basandosi su concetti "sfumati" o non binari, in cui gli oggetti possono appartenere a più categorie contemporaneamente in gradi variabili.

■ **Sistemi Esperti:** IA sviluppate su regole e conoscenze esplicite fornite da esperti umani, sono in grado di prendere decisioni od offrire soluzioni in un campo specifico.

Come accennato, quelli sopra elencati sono solo alcuni dei molteplici tipi e approcci utilizzati dagli sviluppatori all'interno del campo dell'intelligenza artificiale e, spesso, le diverse tecniche vengono combinate per affrontare problemi complessi.

Tra questi, certamente, quelli attinenti la professione legale nei suoi distinti ambiti ed applicazioni.

L'Intelligenza Artificiale, infatti, è diventata e sempre più sta diventando una componente cruciale per svariate pratiche legali moderne, avendo già trovato applicazione nell'automazione dei compiti ripetitivi ed in vari altri ambiti, tra cui, ad esempio:

1. Ricerca legale: I sistemi di Intelligenza Artificiale possono esegui-

re ricerche approfondite nei database legali per individuare precedenti, casi simili e informazioni rilevanti, in tempi molto più brevi rispetto ai metodi tradizionali.

2. Automazione dei documenti: L'IA consente di automatizzare la creazione di documenti legali, come contratti standard, riducendo così il tempo necessario per produrre documenti e minimizzando gli errori umani.

3. Analisi predittiva: Utilizzando algoritmi avanzati, l'IA può aiutare a prevedere l'esito di determinati casi legali, basandosi su dati storici e pattern di giudizio precedenti.

4. Gestione dei dati e della sicurezza: I sistemi di IA possono essere impiegati per gestire e organizzare grandi quantità di dati legali, assicurando al contempo la sicurezza delle informazioni sensibili.

5. Riconoscimento ottico dei caratteri (OCR): Strumenti OCR basati su IA possono digitalizzare e convertire documenti cartacei in testo digitale, rendendo più facile l'analisi e la gestione di documenti legali.

6. Assistenza legale virtuale: Chatbot e assistenti virtuali basati sull'IA possono fornire consulenza legale di base e risposte a domande frequenti, offrendo un primo livello di supporto ai clienti.

7. Valutazione dei rischi e conformità legale: il software IA viene utilizzato per identificare potenziali rischi legali nelle attività aziendali, valutare la conformità normativa e suggerire azioni correttive.

Prescindendo dal dibattito tra gli operatori del diritto circa l'utilità e gli spazi concedibili alla cd. IA predittiva (basata sull'utilizzo di algoritmi e modelli per fare previsioni o predizioni basate su dati storici o attuali) e sui principi etici che debbono sovrintendere alla produzione normativa e regolamentare, sono già diventate diffusamente accessibili piattaforme grafiche e testuali (ChatGPT), altamente più performanti ed espressione della cd. IA generativa, in grado di rispondere all'utente creando, tra l'altro, ricerche giurisprudenziali e dottrinarie analitiche, bozze contrattuali, sezioni di atti legali

e giudiziari, nonché pareri in materie legali, in calce ai quali, tuttavia, ChatGPT inserisce, prudentemente, l'invito a rivolgersi ad un professionista competente in materia *"per ottenere indicazioni specifiche sulle procedure da seguire nel tuo caso particolare"*.

Si tratta delle c.d. "tecnologie trasformazionali" che utilizzano i "Big Data", l'Analisi Predittiva, il Machine Learning, la Robotic Process Automation, rielaborando e trasformando l'"input", costituito da dati digitali di più diversa provenienza, in un variegato e complesso "output" finale, testuale, grafico, vocale.

L'utilizzo, ma precipuamente lo sviluppo e l'implementazione di tali tecnologie (software e hardware) sono molto estesi ed in continua espansione, agevolando, velocizzando e rendendo più efficienti la redazione e l'analisi di documenti, la ricerca di norme e di pronunce all'interno di ampi database; l'amministrazione della gestione di uno studio professionale nei suoi svariati e differenti aspetti, quali: gestione del personale, dei pagamenti, degli archivi informatici, conservativa e di trasmissione di atti e documenti (tramite piattaforme cloud-computing quali, Dropbox, Onedrive, Google drive, icloud, solo per citare i più noti); la gestione dei rapporti con i clienti, l'utilizzo di ChatBot (sistemi diretti a simulare conversazioni umane scritte o parlate, quali ChatGPT, di attuale evidenza in campo legale, ma ancor prima Siri, Alexa, Google Assistant e Google Bard); l'automazione della traduzione di documenti legali tramite, ad esempio, le reti neurali di DeepL, che contribuiscono ad eliminare le barriere linguistiche, consentendo ai professionisti che se ne avvalgono, di accedere più semplicemente a mercati e clientela di diversa nazionalità.

Soprattutto nel mondo giuridico statunitense, si sta oggi assistendo ad una proliferazione di sistemi IA, spesso sviluppati e finanziati dagli stessi studi legali, tra cui:

1. ROSS Intelligence: Utilizza l'IA per eseguire ricerche legali avanzate e analizzare enormi quantità di dati giuridici, per individuare i precedenti e le informazioni pertinenti.

2. Casetext: Offre funzionalità di ricerca legale basate su AI per individuare casi, precedenti e argomenti giuridici rilevanti.

3. Lex Machina: Utilizza l'analisi dei dati e l'IA per fornire informazioni dettagliate sull'andamento dei casi, sui comportamenti dei giudici e degli avvocati e per predire gli esiti dei procedimenti legali.

4. Kira Systems: Si concentra sull'estrazione e sull'analisi automatica di informazioni dai contratti e dai documenti legali per identificare clausole, termini e dati importanti.

5. Everlaw: Piattaforma di gestione dei dati legali che incorpora funzionalità di ricerca predittiva e di analisi testuale per facilitare la revisione e l'organizzazione dei documenti legali.

6. Neota Logic: Piattaforma di automazione legale che permette di creare applicazioni legali basate su regole e decisioni, consentendo l'automazione di processi legali e la fornitura di consulenza legale interattiva.

7. ContractPodAi: Sistema di gestione contrattuale basato su IA che aiuta nell'organizzazione, analisi e gestione dei contratti aziendali.

8. Heretik: Utilizza l'IA per analizzare ed estrarre dati da documenti legali, contratti e accordi, fornendo funzionalità di revisione e analisi avanzata.

9. Relativity: Piattaforma di gestione e analisi dei dati legali che incorpora funzionalità di intelligenza artificiale per l'organizzazione e l'analisi dei documenti legali in grandi volumi.

10. Luminance: Utilizza l'IA per analizzare e revisionare contratti, identificare potenziali rischi e condizioni anomale, aiutando gli studi legali e le aziende nella gestione dei contratti.

Trattasi di piattaforme prevalentemente in lingua inglese, per alcune delle quali è in corso l'implementazione all'italiano ed al nostro sistema giuridico, il c.d. *training*.

Tra questi, ad esempio, proprio di Luminance, l'ultima piattaforma sopra citata.

Un interessante articolo di Claudia Morelli, pubblicato sul portale

Altalex, dal titolo *“Machine learning: così insegniamo il diritto italiano a Luminance”*, ci permette di addentrarci maggiormente nelle dinamiche dell’IA e di comprendere l’importanza e l’essenzialità della fase di training della piattaforma IA.

L’IA, infatti, necessita di addestramento (la lunga e complessa procedura con cui si insegna alla macchina ad elaborare ed estrapolare i dati in un determinato contesto), che nel caso di specie è stato affidato ad uno specifico team dello studio legale Portolano Cavallo, diretto da Yan Pecoraro, che spiega come il training sia stato svolto non solo sotto il profilo semantico, per trasmettere alla macchina le necessarie conoscenze giuridiche in lingua italiana, ma anche *“istruendo il sistema per tipologie specifiche di contratti e clausole”*, affinché la stessa sia istruita su *“ciò che è importante che sappia con riferimento ai deal che lo studio segue”*.

Oltre all’intuibile risparmio di tempo apportato dall’utilizzo di tale piattaforma, Pecoraro spiega che il suo Team ha riscontrato l’ulteriore vantaggio indiretto della razionalizzazione del flusso di lavoro: *“Il lavoro - per così dire analogico - su di una due diligence si svolge in una data room che contiene documenti in cartelle spesso destrutturate su cui si lavora per compartimenti stagni, finché alla fine il lavoro viene assemblato nel diligence report. Nella piattaforma, ovviamente, l’ambiente di lavoro è unico ed il sistema aiuta proprio nella organizzazione del workflow. È una funzionalità di project management che abbiamo trovato molto utile”*.

E’ quindi evidente che i sistemi IA, laddove adeguatamente sviluppati, istruiti, ma ancor più, correttamente utilizzati dall’utente finale nella formulazione dei quesiti, sono diventati e sempre più diventeranno strumenti preziosi se non addirittura indispensabili, per gli operatori del diritto.

Sorge quindi spontanea e prevedibile la domanda se l’IA possa o potrà, in un prossimo futuro, sostituire l’uomo e nello specifico il professionista.

La risposta è articolata.

Se consideriamo lo studio legale come lo si è finora concepito, cioè

costituito da uno o più avvocati, dal personale amministrativo e dai giovani professionisti in fase di formazione, cui è sempre stato affidato il lavoro preparatorio e di ricerca, la risposta è affermativa.

L’IA ha già iniziato e sempre più andrà ad erodere taluni ambiti, oggi di esclusivo appannaggio delle professioni legali. Tali tecnologie sono ormai in grado di svolgere utilmente, anche in ambito legale – automatizzandole e velocizzandole – un’alta percentuale delle prestazioni attualmente prestate da persone fisiche che conseguentemente si contrarranno e con esse i relativi guadagni e lo spazio disponibile sul mercato per tali servizi. Un tale scenario impatterà in modo rilevante, come sopra accennato, sulla formazione dei professionisti più giovani che si affacciano alla professione, riducendone in misura consistente le possibilità di crescita professionale.

Occorrerà, quindi, individuare nuove modalità per garantire la loro formazione e crescita, modificando le modalità del training professionale.

Riformulando la medesima domanda in relazione al professionista, invece, la risposta è diversa e diffusamente negativa.

L’IA, allo stato, anche nelle sue più sofisticate applicazioni, perlomeno in quelle note e fruibili, non pare in grado di sostituire la conoscenza e l’intelligenza dell’avvocato o del professionista in generale, cui compete necessariamente il controllo finale dell’output generato dal flusso di lavoro svolto con l’ausilio di macchine intelligenti.

Sempre Pecoraro, infatti, precisa che il controllo sull’intero flusso di lavoro è sempre e necessariamente umano: *“Rivediamo tutto. Il risultato ottimale oggi è la combinazione tra AI e intelligenza umana. Forse nel futuro qualcosa potrà cambiare. Ma allo stato delle cose l’apporto umano è insopprimibile”*.

Non è, solo, una questione di accuratezza degli output, “che è estremamente elevata quando è a supporto dell’intelligenza umana: piuttosto è una questione di assunzione di responsabilità. Il risultato del lavoro di

due diligence è in capo sempre allo studio legale, che ne risponde”.

Considerazioni, queste ultime, che impongono di affrontare la questione anche sotto il profilo dell’etica, della deontologia e, ancor prima, del legittimo esercizio della professione, rammentando che, nel vigente ordinamento giuridico e professionale, una macchina, seppur intelligentissima, non potrebbe patrocinare una parte, per le intuibili preclusioni abilitative ed assicurative, ma soprattutto, per l’odierna incompatibilità di una macchina con i principi fondamentali dell’indipendenza ed autonomia, della riservatezza e segretezza, dell’assenza di conflitto di interessi, dell’obbligo di trasparenza, ai quali deve attenersi ogni avvocato.

Per un interessante approfondimento sul tema, si rimanda al saggio *“Riflessioni sul ricorso all’intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali”*, pubblicato da Giorgia Anna Parini sul sito www.comparazioneidirittocivile.it).

In questo contesto di sintesi, ci si può limitare ad affermare che, allo stato, l’IA è e rimane un potente strumento a disposizione di quei professionisti che si siano addestrati ad utilizzarla per sfruttarne appieno le potenzialità.

Le piattaforme IA non sono ancora in grado di sostituirsi alle competenze analitiche ed interpretative dei professionisti che, soli, possono, ma soprattutto, devono, sempre controllare la coerenza e la pertinenza delle elaborazioni dalle stesse fornite, prima di utilizzarle nei propri elaborati.

L’Intelligenza Artificiale, infatti, nell’analisi e nell’interpolazione dei dati, riesce oggi a simulare l’intelligenza umana, restituendo risultati analoghi, a volte addirittura superiori, ma talvolta totalmente errati e fuori contesto.

L’IA, inoltre, non riesce ancora ad emulare la parte emotiva dell’essere umano, la relazione, l’intuito e la capacità di andare oltre la mera risposta al quesito, seppur gli sviluppatori siano già da tempo impegnati su tale fronte.

Anche Pecoraro giunge alla stessa conclusione: *“...l’utilizzo di AI per-*

mette un lavoro più efficiente e più accurato ma il limite sta nella sua stessa forza: quello di identificare i contenuti. Questo significa che non vede quello che non c'è. Che è esattamente ciò che a volte ad un avvocato interessa di più sapere”.

Occorre, infine, soffermarsi sui rischi che possono derivare dall'utilizzo massivo dell'IA in ambito professionale, tra cui:

1. Bias algoritmici: Gli algoritmi di intelligenza artificiale possono essere influenzati da dati storici che riflettono pregiudizi o discriminazioni esistenti nel sistema giuridico. Se i dati utilizzati per addestrare i modelli contengono pregiudizi, l'IA potrebbe perpetuare tali pregiudizi, portando a decisioni ingiuste o discriminatorie.

2. Interpretazione errata dei dati: L'IA può analizzare grandi quantità di dati in breve tempo, ma potrebbe interpretare erroneamente informazioni complesse o ambigue, portando a conclusioni errate o a consigli legali non accurati.

3. Responsabilità e trasparenza: La responsabilità delle decisioni prese dall'IA nel settore legale può essere difficile da attribuire. La mancanza di trasparenza nei processi decisionali dell'IA può sollevare dubbi sulla responsabilità legale in caso di errori o decisioni dannose.

4. Protezione dei dati e della privacy: L'uso dell'IA richiede l'accesso a grandi quantità di dati sensibili e personali. La protezione inadeguata di tali dati può portare a violazioni della privacy o a compromettere la riservatezza delle informazioni.

5. Accettabilità sociale e regolamentazione: La rapida evoluzione dell'IA nel settore legale solleva domande riguardo all'accettabilità sociale delle sue applicazioni e alla necessità di regolamentazioni adeguate per garantire un utilizzo etico e responsabile.

6. Sostituzione dell'umanità: L'automazione tramite IA potrebbe portare alla sostituzione di alcuni compiti legali umani, con possibili implicazioni sulla perdita di posti di lavoro o sulla riduzione della necessità di competenze umane specifici-

che.

7. Affidabilità e precisione: Anche se l'IA può migliorare l'efficienza, potrebbe non essere sempre accurata al 100%. Errori nell'algoritmo o nelle previsioni possono avere conseguenze significative nel campo legale.

Per mitigare questi rischi, è fortemente sentita la necessità di indirizzare lo sviluppo ed utilizzo dell'IA in modo responsabile e trasparente, garantendo la qualità e l'equità dei dati utilizzati, promuovendo la regolamentazione e l'etica nell'implementazione dell'IA nel settore legale.

Se addestrati su dati incompleti, distorti o pregiudizievole, gli algoritmi dei sistemi di IA, infatti, possono replicare e persino amplificare gli stessi difetti presenti nella società umana, come discriminazioni o pregiudizi e così anche la fallacità del professionista nell'inquadrare e sviluppare correttamente una questione giuridica. Inoltre, l'IA, in mancanza di senso critico, può incorrere in errori imprevisti o compiere interpretazioni non corrette delle leggi a causa delle limitazioni intrinseche ai dati dagli stessi utilizzati, all'errore degli stessi (spesso imputabili a pregressi errori umani), o alle ambiguità presenti nel linguaggio giuridico.

Nell'ambito specifico della professione forense, inoltre, vi sono concreti rischi connessi ad ulteriori aspetti quali la violazione dell'obbligo di segretezza, di indipendenza, del divieto di accaparramento della clientela.

Le problematiche sopra evidenziate hanno comportato vari interventi legislativi sia nazionali che comunitari, volti alla regolamentazione e/o limitazione dell'utilizzo e dello sviluppo dell'IA, sfociati, da ultimo, nel blocco temporaneo, disposto su iniziativa del garante della privacy italiano, della famosa ChatGTP -poi revocato allorché la soc. OpenAI ha dato prova del pieno rispetto del GDPR- e, da ultimo, proprio per la consapevolezza di dover scongiurare i rischi sopra elencati, nell'accelerazione dei negoziati inter-istituzionali tra il Parlamento e il Consiglio dell'Ue, affinché la Comunità Europea possa dotarsi, entro la fine del

corrente anno, della prima legislazione sull'intelligenza artificiale.

Tale normativa si propone di regolamentare l'utilizzo dell'IA in base al rischio ad essa connesso, classificato tramite una scala su quattro livelli:

-basso (ad es. videogiochi abilitati per l'IA e filtri anti-spam), per il quale non è prevista alcuna limitazione;

-limitato (ad es. chatbot), per il quale verranno indicati criteri di trasparenza da rispettare;

-alto (ad es. assegnazione di punteggi a esami scolastici e professionali, smistamento dei curriculum, valutazione dell'affidabilità delle prove in tribunale, chirurgia assistita da robot), per il quale verrà dettata una specifica regolamentazione;

-inaccettabile (ad es. l'assegnazione di un 'punteggio sociale' da parte dei governi), nel quale rientra tutto ciò che rappresenta una "chiara minaccia" per la sicurezza, i mezzi di sussistenza e i diritti delle persone.

Uno dei principali nodi da sciogliere nel dibattito politico ancora in corso è la classificazione dei livelli inaccettabili, con conseguente proibizione dei sistemi di identificazione biometrica remota in spazi accessibili al pubblico sia in tempo reale sia a posteriori, dei sistemi di categorizzazione biometrica che utilizzano caratteristiche sensibili (sesso, etnia, cittadinanza, religione, orientamento politico) e dei social media o delle telecamere a circuito chiuso per creare database di riconoscimento facciale. Ma anche dei sistemi di polizia predittivi (basati su profili, localizzazione o comportamenti criminali passati) e software di riconoscimento delle emozioni anche nella gestione delle frontiere, nei luoghi di lavoro e nelle istituzioni educative).



Possiamo, quindi, concludere che il futuro dell'intelligenza artificiale nel settore legale, come in ogni altro ambito, rimane al centro di un dibattito in continua evoluzione. Le tecnologie emergenti stanno apportando cambiamenti significativi nella pratica legale, trasformando i processi di ricerca, analisi e produzione docu-

mentale e non solo (si pensi ai recenti clamori suscitati dall'utilizzo dell'IA nelle arti grafiche e figurative).

Questa evoluzione tecnologica non è né definitiva, né statica, ma, ad oggi, l'intelligenza artificiale, pur dimostrando la sua efficacia nel migliorare l'efficienza e l'accuratezza di molte attività legali, non è in grado di sostituire completamente l'umanità e l'esperienza umana nel campo legale.

Anche in tale futura prospettiva, l'implementazione dell'IA richiede un'attenta valutazione e gestione dei rischi associati, affinché ne sia sempre garantita la conformità alla normativa ed all'etica.

Il coinvolgimento umano, con la sua capacità di comprensione, interpretazione, intuito e responsabilità finale, rimane dunque un elemento indispensabile nella gestione e governo dell'IA in ogni suo campo di applicazione e, per quanto qui interessa, nella pratica legale.

Il futuro imporrà una collaborazione sempre più stretta tra intelligenza artificiale e professionisti legali, ove la tecnologia, supportando e ottimizzando le attività quotidiane, consentirà loro di concentrarsi su compiti più creativi, strategici e di controllo qualitativo.

Si renderà, quindi, necessaria una regolamentazione accurata dell'uso dell'IA nel settore legale, per garantire un utilizzo etico, trasparente e responsabile di tali tecnologie.

In tale scenario economico-politico, ancora molto fluido ed incerto, sono già stati effettuati importanti investimenti da parte dei principali competitors del settore per garantirsi la supremazia sullo sviluppo, ma soprattutto sul controllo dell'intelligenza artificiale.

Ne è riprova la recentissima disputa societaria che ha visto protagonista Samuel Harris Altman, il noto CEO della Soc. OpenAI e padre putativo del software ChatGPT, che lo ha visto licenziato e reintegrato nel ruolo, nello spazio di poco più di un week end.

Tale anomala vicenda pare sia stata originata dalle divergenze sorte in azienda (che è una fondazione senza scopo di lucro) sui pericoli di

uno sviluppo incontrollato della tecnologia AGI, sul modo di contrastarli e sul peso di Microsoft nelle attività di OpenAI (di cui detiene il 49%).

Non a caso, il licenziamento di Altman è giunto a seguito della sua richiesta a Microsoft di incrementare i finanziamenti, al fine di accelerare lo sviluppo di tale tecnologia, anche attraverso la realizzazione di nuovi specifici processori, entrando, così in competizione con Nvidia, nel miliardario mercato dei processori.

Per eventuali approfondimenti sul tema, si segnalano, tra gli altri, gli articoli *"Il guru dell'AI con la fissa dell'etica. Così la «non profit» ha cacciato il fondatore Altman"* pubblicato da Massimo Gaggi sul Corriere della Sera on line, e *"OpenAI, nuova svolta, Altman torna ceo, silurato il vecchio cda"* di Biagio Simonetta, apparso il 23 novembre 2023 nella rubrica "PRIMO PIANO" del Sole 24 Ore, che raccontano di come sullo sfondo di tale frenetico susseguirsi di eventi, da cui è scaturita la modifica del CdA di OpenAI che aveva decretato il licenziamento, vi siano divergenze di vedute sui pericoli di uno sviluppo incontrollato della tecnologia AGI (Intelligenza Artificiale Generale), alimentate dalle recenti dichiarazioni rilasciate da Altman stesso al vertice APEC sulla rapidità dei progressi in atto in tale campo.

Stando alle ultime dichiarazioni di Altman, in ogni caso, il legame con il colosso di Cupertino sembra destinato a proseguire in modo sempre più rafforzato.

La ricerca di un equilibrio tra l'efficienza dell'IA e la necessità di controllo umano sarà, probabilmente, la sfida chiave per il futuro dell'intelligenza artificiale nel mondo legale e per la sopravvivenza della figura dell'avvocato, come oggi intesa, il quale, in ogni caso, dovrà comprendere ed imparare ad utilizzare tali tecnologie per sfruttare al massimo il loro potenziale.

Elena Artoni
e Giulio Moscatelli



Palazzo dell'Arena poi Lalatta

quel pasticciaccio

QUEL “PASTICCIACCIO BRUTTO” DI VIA ARENULA

Chiedo subito scusa a Carlo Emilio Gadda per aver parafrasato il titolo di un suo celebre romanzo, ma, per titolare questo articolo, non ho trovato un'espressione che meglio potesse rappresentare quanto è avvenuto e sta avvenendo in seno al Ministero della Giustizia.

Mi riferisco, principalmente, alla questione del deposito degli atti penali, ma non solo, cosicché sarà bene andare per ordine.

Intanto, si deve premettere che l'avvocatura penale, a prescindere dai personali orientamenti politici, ha accolto con favore la nomina di Carlo Nordio a Ministro della Giustizia, giacché, pur essendo un ex P.M., ha sempre manifestato una chiara propensione per un diritto penale spiccatamente garantista e d'impronta chiaramente liberale e non giustizialista.

Anche la propensione alla separazione delle carriere tra Giudici e P.M. e la volontà di mettere mano alle criticità della c.d. riforma Cartabia, hanno fatto ben sperare, giacché alcuni aspetti della stessa – che, ricordiamocelo, è stata fatta più per avere i soldi del PNRR, che per risolvere i problemi della giustizia – si configurano come autentiche pietre miliari nella storia della demenzialità umana: penso, ad esempio, alla farraginosissima disciplina della durata e conclusione delle indagini preliminari, per altro non presidiata da alcuna reale sanzione processuale, in caso di violazione; ancora alla creazione di una specie di udienza preliminare nella procedura a citazione diretta (udienza predibattimentale); alla posticipazione della remissione tacita della querela, per mancata comparizione del querelante, dalla fase della verifica della regolare costituzione delle parti, alla fase istruttoria, ossia, ragionando a contrario, alla possibilità, oggi data

al querelante, di non presentarsi per testimoniare, con la rottura, per la prima volta, del tabù dell'obbligatorietà testimoniale, quale *munus publicum*; allo “scippo” alla sede penale dell'impugnazione per gli interessi civili non dichiarata inammissibile, con le parti che, a mezza strada, si trovano con la prospettiva processuale e sostanziale completamente stravolta; alla necessità del consenso dell'imputato per pene sostitutive come la detenzione domiciliare e la semilibertà; infine, alla necessità di dichiarare o eleggere domicilio e, per l'assente, anche di rilasciare al difensore uno specifico mandato, nell'ambito della disciplina delle impugnazioni.

Tuttavia, la presenza di un ministro, personalmente, animato da ottime intenzioni, non basta, evidentemente, a raddrizzare le storture proprie dell'apparato burocratico, che, circa il Ministero della Giustizia, è interamente composto da una dirigenza tratta dai ranghi della magistratura.

L'apparto ministeriale, in effetti, ci ha, recentemente, “cordogliato” con diversi “pasticci burocratici”, come, ad esempio, la *querelle* del pagamento delle copie degli atti scaricati dal PDP, con, da una parte, una branca ministeriale che indusse le Procure coinvolte nella sperimentazione a rilasciarle senza alcun pagamento, ex artt. 40, *comma 1 puzter* e 269 *comma 1 bis* del D.P.R. n. 115/2002 (*T.U. delle spese di giustizia*), e, dall'altra, una diversa dirigenza che, di lì a poco, ha fornito un'indicazione esattamente opposta, generando la giusta e coraggiosa reazione di alcuni Uffici (tra cui anche la Procura di Parma), che hanno contestato l'interpretazione ministeriale ed evidenziato l'atteggiamento contraddittorio, nonché, coerentemente, continuato a fornire le copie

senza pagamento dei diritti, con il risultato, però, che la questione è stata risolta a macchia di leopardo, ossia procedendo in ordine sparso – che è poi l'unico ordine che conosciamo – con Uffici che fanno pagare le copie ed altri no.

Un'ulteriore situazione strana, si è verificata in relazione al periodico aggiornamento della soglia reddituale di ammissibilità al Patrocinio a spese dello Stato, giacché, nel breve volgere di neanche tre mesi, sono intervenuti due Decreti interministeriali che hanno aggiornato e riaggiornato tale soglia, generando, anche, qui un addendo di confusione ed incertezza, di cui non si sentiva il bisogno.

Tuttavia, l'acme del pasticcio, insomma il “pasticciaccio”, il Ministero lo ha raggiunto con la questione del deposito degli atti penali, attraverso una dinamica e delle conclusioni che, forse, hanno risentito della calura estiva e su cui bisognerà soffermarsi un po' di più.

Occorre, intanto, premettere che l'idea di dilatare i tempi di attuazione della riforma Cartabia, venne apprezzata da tutti gli operatori giuridici, stante la mole mastodontica della stessa, che faceva a pugni con un'immediata entrata in vigore, utile solo a rispettare i tempi imposti dall'Europa per elargire i soldi del PNRR, cosicché è risultata, poi, incomprendibile a tutti l'improvvisa ed improvvida accelerazione nella delicatissima materia del deposito degli atti penali.

In effetti, è stato un autentico fulmine a ciel sereno il Decreto ministeriale dello 04.07.2023, destinato ad entrare in vigore il 20.07.23, con cui venne introdotto l'obbligo di depositare ben 103 atti penale, cioè praticamente tutti, solo attraverso il Portale penale, anche perché ciò veniva fondato sull'art. 87 *comma 6 ter* del D.

Lgs. n. 150/2022, il quale prevedeva, invece, la possibilità di introdurre, solo in via facoltativa, il deposito di ulteriori atti, oltre a quelli già previsti come obbligatori.

Successivamente, resosi conto di ciò e del fatto che il PDP stesso e gli Uffici periferici non erano per nulla pronti ad attuare questa rivoluzione, il Ministero, con il Decreto del 18.07.2023 (in vigore dal 19.07.23) ha fatto marcia indietro, prevedendo il deposito degli stessi atti in via facoltativa.

Senonché, qualcuno ha subito notato (vedi, ad esempio, la Nota della Camera penale di Milano del 19.07.2023) che gli artt. 87 *comma 6 quinquies* e 87-*bis comma 1* del D. Lgs. n. 150/2022, prevedono che, una volta attivato il deposito facoltativo di cui sopra, perda valore legale il deposito via PEC, cosicché l'unica alternativa legale valida è il deposito diretto dell'atto cartaceo presso la cancelleria dell'Organo giudiziario competente, giacché tutte le altre tradizionali forme (foro ubiquo, raccomandata o telegramma) sono state già diversamente abolite.

Ora, non è chi non veda, come tale alternativa si presenti particolarmente problematica ogniquale volta il predetto ufficio sia a notevole distanza fisica dalla sede del soggetto che intenda depositare l'atto, cosicché si ritorna al problema dell'ef-

fettivo ed efficace funzionamento del PDP.

Per ovviare a tale inconveniente, il Ministero non ha trovato altro modo che diramare una semplice Nota dirigenziale del 25.07.23, in cui si rende noto a tutti gli Uffici giudiziari che: *"l'Amministrazione ritiene che ... le modalità di deposito sono, alternativamente, ..."*; e qui segue l'indicazione della possibilità di depositare sul PDP, a mezzo PEC o in forma cartacea.

A questo punto, è da capire – a fronte del chiaro testo normativo che esclude il deposito via PEC – come possa collocarsi, nella gerarchia delle fonti normative, una semplice Nota ministeriale con cui si esprime un'immotivata e contraria "opinione" dell'apparato burocratico del Dicastero.

In pratica, la domanda è: i Giudici riterranno di accettare l'imposizione ermeneutica della burocrazia ministeriale o dichiareranno inammissibili gli atti depositati via PEC?

Il risultato è che, per stare sul sicuro, gli operatori non potranno che depositare o via PDP ovvero in forma cartacea, affrontando, quando la distanza chilometrica lo imponga, tutte incertezze e le disfunzioni di un sistema informatico ancora sostanzialmente sperimentale e che, per l'uso massivo del quale, né il sistema digitale centralizzato, né

quello degli Uffici periferici è pronto, con giorni in cui è problematico accedere al portale e/o con tipologie di atti che nelle cancellerie non riescono a leggere e a registrare.

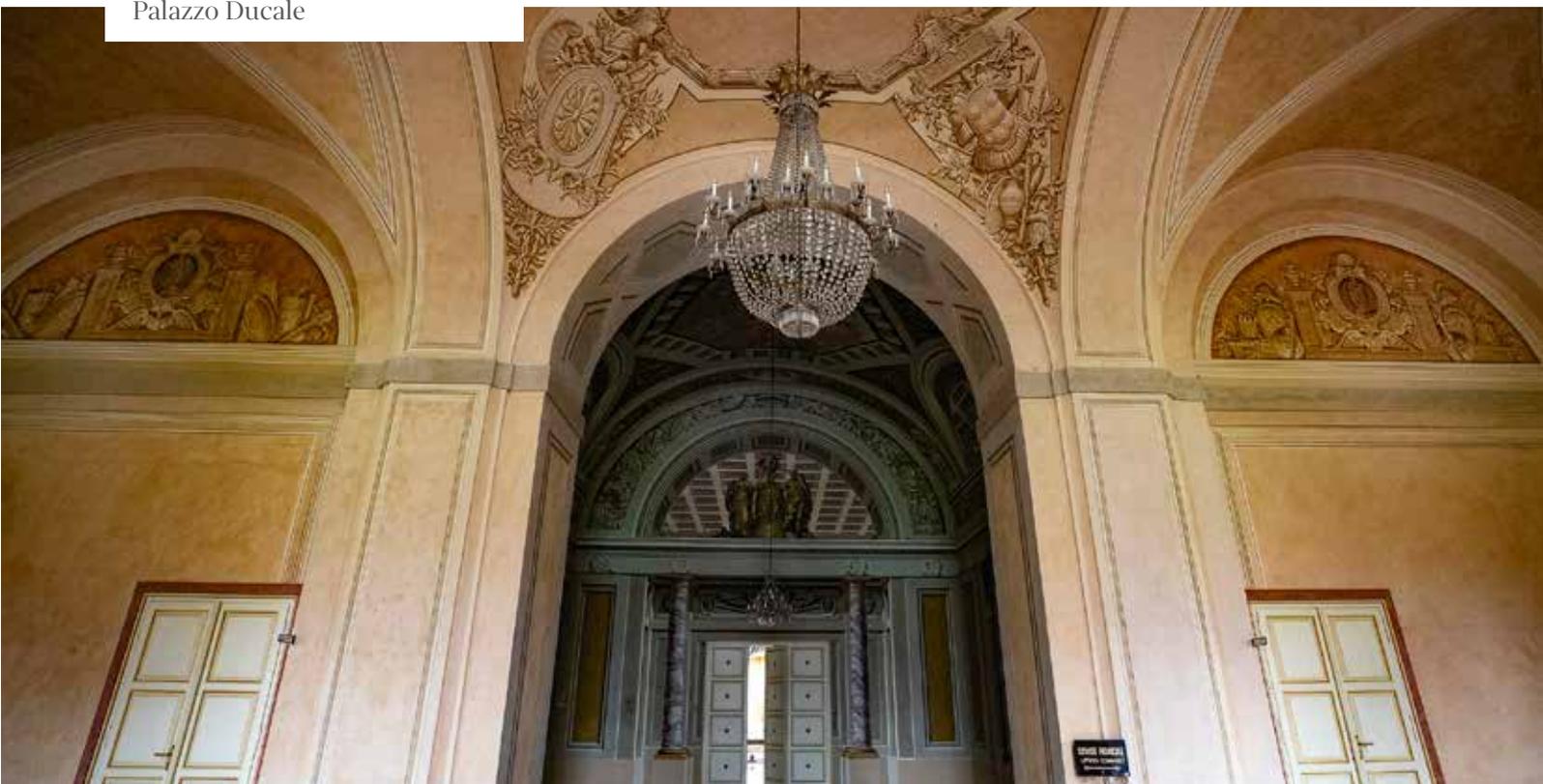
Sullo sfondo, resta il "mistero doloroso" del perché si sia voluto imprimere un'accelerazione non necessaria e così confusionaria, nonché incurante della diversa dinamica e tempistica disegnate dalla parte iniziale dell'art. 87 medesimo.

Resta la sensazione di essere nelle mani, più che del ministro *pro tempore*, di un apparato ministeriale che, per poco che si possa dire, agisce in modo disorganico, quando non apertamente contraddittorio e largamente distonico rispetto, non solo all'indirizzo politico, ma alle più elementari esigenze dell'apparato giudiziario e degli operatori del diritto, con grave e definitivo rischio per i "fruitori finali" del servizio giustizia, ossia per i cittadini.

Tutto ciò, infine, rende più che evidente come, unitamente alla separazione delle carriere dei magistrati, il problema principale e prodromico, sia quello della ristrutturazione dei vertici della burocrazia ministeriale, che, all'oggi, è composta unicamente da magistrati, con i relativi problemi di possibili "conflitti di interesse", laddove la linea politica sia sgradita alla categoria o, quanto meno, ai *lobbisti* della stessa.

Gianluca Bergamaschi

Palazzo Ducale



Profili di discriminatorietà indiretta nel licenziamento per superamento del periodo di comportamento

Il presente contributo trova occasione nella recente sentenza resa dalla Sezione Lavoro del Tribunale di Parma (n. 1 del 9 gennaio 2023) con la quale la dottoressa Ilaria Zampieri è stata chiamata a pronunciarsi su temi oggetto di discussione e affrontati non solo dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, ma pure dalla Corte di Giustizia.

Come la stessa Giudice ha avuto modo di precisare nel corso di un intervento ad un convegno tenutosi a Parma nelle settimane successive al deposito della sentenza, tutto dedicato ai licenziamenti, l'orientamento al quale la Giudice ha voluto aderire rientra in quella tendenza che maggiormente intende valorizzare la visione antropomorfa del lavoro, così superando visioni meramente risarcitorie o indennitarie e, per l'effetto, del lavoratore/lavoratrice e che la stessa ritiene essersi, più di recente (ri)accreditata tra gli operatori del diritto.

E concedetemi una digressione.

In questa epoca dove accresce il ruolo dell'intelligenza artificiale, la dematerializzazione dei luoghi di lavoro e la prospettiva dello svolgimento di attività lavorativa nel metaverso, un'affermazione del genere - e uno statuire con quella prospettiva - appare come un faro che indica a noi "naviganti" la rotta per un porto sicuro: il valore dell'essere umano, prima di tutto.

Nella fattispecie il tema affrontato dalla Giudicante ha riguardato la possibile discriminatorietà del licenziamento intimato ad una lavoratrice per superamento del periodo di comportamento in presenza di un quadro patologico preesistente importante tanto da determinare un certo grado di invalidità e tale da rientrare nello status di persona affetta da handicap secondo la nozione introdotta dalle norme sovranazionali ed europee.

Sullo sfondo il perimetro indicato dai diversi contratti collettivi che disciplinano i rapporti di lavoro nell'ambito delle diverse imprese e delle attività, in concreto, esercitate, i quali nell'individuare il periodo massimo di astensione per la malattia, ai sensi dell'articolo 2110 del codice civile, nulla riferiscono rispetto a meccanismi diversificati tra lavoratori, per così dire "sani" che si ammalano, da lavoratori già "malati" che si ammalano.

Nel caso in esame, come anticipato, la lavoratrice in questione è stata giudicata dagli Enti di competenza invalida in misura pari al 75% e portatrice di handicap ex art- 4 della l. 104/92 e acquisita nel computo ex lege n. 68 del 1999, ovvero quale appartenente alla categoria "protetta".

È in tale quadro di acclamate patologie che la ricorrente ha dedotto la discriminatorietà del licenziamento perché, ai fini del superamento del

comporto, non avrebbero dovuto computarsi i periodi di malattia riconducibili alle patologie che riguardano il suo stato di invalidità.

Per chiarezza espositiva e completezza appare doveroso riportare il seguente passaggio motivazionale a supporto dell'accoglimento del proposto ricorso ove si legge:

"L'assunto della assoluta equiparabilità della condizione del lavoratore invalido con quella del lavoratore non disabile ma affetto da malattia e, quindi, della possibilità di applicare ai primi la medesima - indistinta - disciplina in materia di comportamento è, con tutta evidenza, erroneo. Così operando, infatti, si regolano nel medesimo modo due situazioni radicalmente differenti, violando il principio di uguaglianza sostanziale e, prima ancora, dando luogo a una discriminazione indiretta. Tanto si afferma in quanto i lavoratori affetti da una inabilità sono soggetti portatori di uno specifico fattore di rischio che ha quale ricaduta più tipica, connaturata alla condizione stessa di disabilità, quella di determinare la necessità per il lavoratore sia di assentarsi più spesso per malattia sia di ricorrere, in via definitiva o per un protratto periodo di tempo, a cure specifiche e/o periodiche.

Di qui, necessariamente, l'esigenza di interpretare la disciplina in materia di comportamento in una prospettiva di salvaguardia dei lavoratori che,

portatori di disabilità, si trovano in una condizione di oggettivo e ineliminabile svantaggio.

Vien da sé che, nella materia che qui ci occupa, alla condizione di invalidità/disabilità deve riconoscersi una rilevanza obiettiva, per il sol fatto della ricorrenza di un'effettiva minorazione fisica e indipendentemente dal riconoscimento formale che della stessa i competenti Enti Previdenziali ne abbiano dato, pena la frustrazione in nuce delle tutele di legge. D'altronde, assoggettare l'applicazione delle tutele riservate ai soggetti portatori di questo specifico fattore di rischio alla ricorrenza, o all'adempimento, di formalità di qualsivoglia natura significherebbe creare un vulnus oltremodo severo allo statuto di protezione previsto dall'ordinamento, frustrandone ratio ed efficacia".

Analogamente, il Tribunale di Milano, con ordinanza del 6 aprile 2018, già aveva rilevato che "da ciò si ricava pertanto che la norma contrattuale, la quale limita a 180 giorni di assenza l'avvenuto superamento del periodo di comporto - e, quindi, rende legittima la risoluzione del rapporto di lavoro - non può trovare applicazione nel caso di specie in quanto sarebbe causa di una discriminazione indiretta: pur essendo una disposizione di per sé neutra, essa pone il portatore di handicap - in questo caso il ricorrente - in una condizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori. È, infatti, evidente che il portatore di handicap è costretto ad un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto al lavoratore che limita le proprie assenze ai casi di contingenti patologie che hanno una durata breve o comunque limitata nel tempo. È per tali soggetti che il termine di comporto è evidentemente previsto. Sicché, un'interpretazione della norma contrattuale rispettosa dei principi affermati dalla direttiva 2000/78, dal D.Lgs. n. 2016 del 2003

e dalla sentenza della Corte di Giustizia prima esaminati deve fare escludere dal computo del termine per il comporto i periodi di assenza che trovino origine diretta nella patologia causa dell'handicap (a tale conclusione era peraltro pervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza del 2013 richiamata, a proposito di un termine di preavviso di 120 giorni cfr punto 76 della sentenza)...È, infatti, evidente che il portatore di handicap aggiunge, ai normali periodi di malattia che subisce per cause diverse dall'handicap, quelle direttamente collegate a quest'ultimo: ma una parità di trattamento tra lavoratori esige che, solo con riferimento alle prime, i lavoratori portatori di handicap e tutti gli altri siano sottoposti al limite temporale del comporto".

Così presentate sommariamente le argomentazioni della sentenza di primo grado, per completezza si rappresentano pure le argomentazioni offerte dalla Corte d'Appello di Bologna (sentenza n. 211 dell'11/4/2023) che, nel confermare detta statuizione, ha potuto rinviare per la sua funzione nomofilattica alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 9095 del 31/3/2023 (intervenuta, infatti, pochi giorni prima) la quale con un articolato e ampio rinvio alla giurisprudenza comunitaria ha indicato il perimetro interpretativo riferibile alla discriminazione indiretta.

Si legge nella sentenza della Corte felsinea: "(1) poiché il lavoratore disabile è esposto, rispetto a un lavoratore non disabile, a un maggiore rischio di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità ed è quindi più esposto al rischio di licenziamento per eccesso di assenze per malattia, costituisce discriminazione indiretta in ragione della disabilità la fissazione di un unico termine di comporto, identico sia per disabili che per non disabili; (2) l'immediata efficacia giuridica del princi-

pio discende dalla ricostruzione della giurisprudenza UE, ivi richiamata, in materia regolata da specifica direttiva trasposta nell'ordinamento interno, nonché rientrante nell'area di tutela dell'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, applicabile alla fattispecie (in base all'art. 51 della stessa Carta, essendo certo il collegamento con il diritto dell'Unione);(3) l'opportunità che un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile sia fissato dal legislatore o dalle parti sociali, per quanto di competenza, non elide la circostanza che la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio apparentemente neutro del computo del periodo di comporto breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio; (4) il licenziamento comminato sulla base di tale unico termine va dunque qualificato come discriminazione, essendo a tal fine irrilevante - stante la natura oggettiva dei divieti di discriminazione - che il datore di lavoro avesse conoscenza della specifica malattia che aveva dato luogo alla assenza, atteso che la discriminazione opera in modo oggettivo ed è irrilevante l'intento soggettivo dell'autore e non sono dunque decisive le circostanze che i certificati medici trasmessi al datore di lavoro non indichino la specifica malattia causa dell'assenza e che lo stesso non è stato altrimenti messo a conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore".

Così offerta la ricostruzione e la lettura delle norme e della loro interpretazione pro labor si andranno ad esporre alcuni spunti difensivi a supporto dell'interpretazione della problematica complessiva pro azienda.

Punto di partenza è l'art. 3, co. 3-bis, D. Lgs. n. 216/2003 - di recepimento dell'art. 5, co. 3, della Direttiva - che introduce gli «accomodamenti ragionevoli» nei luoghi di lavoro, imponendo ai datori (pubblici e privati) di adottare modifiche e adattamenti necessari ed appropriati, in funzione delle esigenze concrete delle persone con disabilità, per garantire loro il diritto al lavoro su base di uguaglianza con gli altri.

Coerentemente con tale previsione, la L. n. 18/2009, di ratifica della Convenzione ONU sui «diritti delle persone con disabilità», ha espres-

samente ricompreso nella nozione di discriminazione fondata sulla disabilità il «rifiuto di accomodamenti ragionevoli» da parte del datore, integrando, così, una prassi inclusiva a tutela di una categoria vulnerabile di prestatori, che versa in una situazione di oggettiva e incolpevole difficoltà.

L'unica esimente per sottrarre la parte datrice dall'introduzione di tali adattamenti attiene alla antieconomicità della soluzione medesima: invero, il limite è costituito da misure che non impongano un «onere finanziario sproporzionato» rispetto

alle dimensioni, alle risorse e allo «stato di salute» dell'impresa, stante le esigenze di continuità aziendale e di «mantenimento degli equilibri finanziari» (cfr. Cass., 23 febbraio 2021, n. 4896). In ogni caso, la Dir. 2000/78/CE stabilisce che la misura non è «sproporzionata» se il sacrificio economico «è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili» (art. 5).

Al limite espresso della «non sproporzione» si affianca, poi, quello - ulteriore, poiché dotato di «autonomia valenza letterale - dell'aggettivo

Palazzo Dalla Rosa Prati



che qualifica l'accomodamento come "ragionevole", in quanto non può escludersi che «anche in presenza di un costo sostenibile per l'impresa [vi possano essere] circostanze di fatto che rendano la soluzione priva di ragionevolezza» (cfr. Cass., 9 marzo 2021, n. 6496). Pertanto, per valutare il corretto adempimento dell'obbligo, si dovrà soppesare, in concreto, tanto l'interesse del prestatore verso un lavoro confacente alla disabilità, quanto l'interesse del datore a garantirsi di una prestazione lavorativa, anche parziale, che sia utile per l'impresa.

A sostegno delle tesi di parte da-

toriale si riscontrano alcune pronunce motivate in ragione del fatto che non vi è alcuna norma di legge che preveda un intervallo di comportamento più ampio per i lavoratori disabili e che, a tale vuoto normativo, non possa supplire il giudice (Trib. Parma, 17 agosto 2018, ord.), oppure fondate sull'assunto per cui la tutela antidiscriminatoria dovrebbe essere esclusa nei casi in cui il dipendente sia già adibito a mansioni compatibili con la sua ridotta capacità lavorativa, in base a una ragionevole scelta organizzativa del datore [cfr. Trib. Bologna, 19 maggio 2022, n. 230].

Altra giurisprudenza, inseritasi lungo questo filone, ha, poi, rilevato come sussisterebbe una discriminazione indiretta solo se il contratto collettivo prevedesse, per i lavoratori disabili che si assentano a causa di una malattia connessa al loro "status" un trattamento di minor favore rispetto a quello applicato ai colleghi non disabili (cfr. Trib. Lodi, 12 settembre 2022, n. 19).

Altresì, vi sono decisioni in cui la magistratura ha ritenuto che l'ordinamento disponga già un apparato di garanzia del diritto al lavoro dei disabili e che esso compensi la mancata inclusione delle assenze per malattie connesse alla disabilità nel periodo di comportamento (cfr. App. Torino, 3 novembre 2021, n. 604), o in cui è stata affermata l'inesigibilità di tale condotta datoriale, ove il prestatore non abbia preventivamente comunicato le patologie invalidanti nelle apposite caselle apposte sul certificato medico (cfr. Trib. Vicenza, 27 aprile 2022, n. 181).

Nondimeno, ai fini della applicazione della Dir. 2000/78/CE, si è escluso che la malattia (in quanto temporanea) integri lo stato di "handicap", il quale è, al contrario, riscontrabile solamente quando sia stata certificata una invalidità permanente (cfr. Cass. civ., 28 ottobre 2021, n.

30478).

Così sinteticamente esposte le macro aree di indagine e di approfondimento riservate alla giurisprudenza, è doveroso il richiamo alla necessità non solo che il Legislatore intervenga sul tema, ma che - probabilmente con maggiore celerità e specificità - le parti sociali in sede di discussione e stipulazione dei Contratti Collettivi arrivino a disciplinare l'istituto del comportamento tracciando le relative caratteristiche nel difficile compito del contemperamento degli interessi contrapposti, ma convergenti, portati dai lavoratori e dalle imprese.

Marina Mora

*argomenti fatti oggetto della
relazione al convegno
CPO COA Parma*

*"Il dolore invisibile - la legge
n.38/2010 - il diritto a non soffrire":
profili giuslavoristici e ambiti
di tutela del "dolore invisibile"*





codice deontologico

consiglio distrettuale di disciplina -CDD- procedimento

Il codice deontologico forense non ha carattere normativo, essendo costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la propria professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa, con la conseguenza che la violazione di detto codice rileva in sede giurisdizionale solo quando si colleghi all'incompetenza, all'eccesso di potere o alla violazione di legge, cioè ad una delle ragioni per le quali l'art. 56, terzo comma, del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, consente il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, per censurare unicamente un uso del potere disciplinare da parte degli ordini professionali per fini diversi da quelli per cui la legge lo riconosce.

Il Consiglio distrettuale di disciplina è l'organo titolare del potere disciplinare e ha una funzione sicuramente amministrativa, ma di natura «giustiziale», anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie d'incompatibilità, astensione e ricusazione (art. 3 reg. elett.; art. 6-9 reg. disc.). Invece, il Consiglio nazionale forense, allorché pronuncia in materia disciplinare, è un giudice speciale, istituito con d.lgs.lgt. 23 novembre 1944, n. 382 (art.21) e legittimamente tuttora operante, giusta la previsione della sesta disposizione transitoria della Costituzione; la disciplina della funzione giurisdizionale del C.N.F., quale giudice terzo, è coperta dall'art. 108, comma 2, e dall'art. 111, comma 2, Cost.

Le funzioni esercitate in materia disciplinare dai Consigli degli ordini territoriali, e il relativo procedimento, hanno natura amministrativa e non giurisdizionale. In particolare, i Consigli locali svolgono i relativi compiti nei confronti dei professionisti che formano l'ordine forense, quindi all'interno del gruppo che essi costituiscono e per la tutela della classe professionale, cosicché la funzione disciplinare che a tali organi compete è, dunque, manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'ordine, il quale stabilisce comportamenti conformi ai fini che intende perseguire.

Corte di Cassazione (pres. Travaglino, rel. Iofrida), SS.UU., sentenza n. 19103 del 6 luglio 2023

giudizio di rinvio da Cassazione

La riassunzione del giudizio disciplinare davanti

al Consiglio nazionale forense, a seguito di sentenza di cassazione con rinvio, deve essere compiuta secondo il disposto dell'art. 392 cod. proc. civ., su impulso della parte processuale, con la conseguenza che l'eventuale riassunzione disposta d'ufficio dal medesimo Consiglio è inammissibile e non impedisce l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 393 cod. proc. civ., in quanto il modello di riferimento procedurale è quello civilistico/dispositivo, in assenza, nell'ambito della legge speciale forense, di una specifica disposizione regolante le modalità di proposizione del giudizio di riassunzione e non essendo consentito riconoscere o attribuire al giudice terzo, in via interpretativa, spazi per iniziative di ufficio, della cui legittimità dovrebbe dubitarsi anche in presenza di una espressa norma di legge.

In ipotesi di cassazione con rinvio, la mancata o la tardiva riassunzione rispetto al termine di cui all'art.392 c.p.c. (entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione) determinano l'estinzione «dell'intero processo», con conseguente definitività della sanzione disciplinare comminata dal CDD e caducazione delle sentenze emesse nel corso dello stesso, permanendo tuttavia l'effetto vincolante del principio di dritto, che non viene meno nell'eventuale nuovo processo instaurato con la riproposizione della domanda.

Corte di Cassazione (pres. Travaglino, rel. Iofrida), SS.UU., sentenza n. 19103 del 6 luglio 2023

conflitto d'interessi

Il divieto di prestare attività professionale in conflitto di interessi anche solo potenziale (art. 24 cdf, già art. 37 codice previgente) risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva e dell'autonomia dell'avvocato ma, altresì, alla loro apparenza (in quanto l'apparire indipendenti è tanto importante quanto esserlo effettivamente), dovendosi in assoluto proteggere, tra gli altri, anche la dignità dell'esercizio professionale e l'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di fare fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone, quindi a tutela dell'immagine complessiva della categoria forense, in prospettiva ben più ampia rispetto ai confini di ogni specifica vicenda professionale. Conseguentemente: 1) poiché si tratta di un valore (bene) indisponibile, neanche l'eventuale autorizzazione della parte assistita, pur resa edotta e, quindi, scientemente consapevole della condizione di conflitto di interessi, può valere ad assolvere il professionista dall'obbligo di astenersi dal prestare la propria attività; 2) poiché si intende evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato, perché si verifichi l'illecito (c.d. di pericolo) è irrilevante l'asserita mancanza di danno effettivo.

Corte di Cassazione (pres. De Chiara, rel. Leone), SS.UU., sentenza n. 24181 dell'8 agosto 2023

fatti anteriori (ad effetti permanenti)

In tema di procedimento disciplinare a carico di avvocati per fatti oggetto di procedimento penale, l'azione disciplinare può essere esercitata dal Consiglio distrettuale di disciplina anche qualora tali fatti siano risalenti ad epoca anteriore all'iscrizione dell'avvocato al relativo albo professionale, allorché il loro disvalore ricada anche nel periodo successivo all'iscrizione. *(Nella specie, la S.C. ha confermato la sanzione disciplinare irrogata al professionista che aveva omesso di restituire la somma di denaro di cui si era illegittimamente appropriato, oggetto di sentenza penale di condanna emessa prima dell'iscrizione all'albo, assumendo rilievo la natura permanente di tale omissione e il fatto che essa si era perpetrata anche successivamente alla suindicata iscrizione).*

Corte di Cassazione (pres. D'Ascola, rel. De Masi), SS.UU., sentenza n. 30650 del 3 novembre 2023



populismo / colpevolismo in trasmissione televisiva

Presenziare ad una trasmissione televisiva in qualità di avvocato deve essere occasione per porsi come presidio di equilibrio e misura, senza cioè avallare istanze populiste di stampo colpevolista e quindi esprimendo un giudizio anticipato di responsabilità nei confronti di semplici indagati, violando così i principi fondamentali della professione forense, il cui cardine si sostanzia nell'essere deputata a difendere il diritto ad un processo giusto, celebrato nel pieno rispetto del dettato normativo *(Nel caso di specie, durante una trasmissione televisiva l'avvocato aveva dichiarato che non avrebbe mai assunto la difesa dell'indagato a cui era dedicata la puntata, in quanto accusato di un reato contro le donne, ed esprimendo così anche implicito disprezzo per l'avvocato che ne aveva invece assunto la difesa. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dell'esercizio della professione per mesi due).*

Consiglio Nazionale Forense (pres. Masi, rel. Giraud), sentenza n. 156 del 30 settembre 2022

casella pec piena (nessuna) rimessione in termini

L'istituto della rimessione in termini (art. 153 co. 2 cpc) ha una connotazione di carattere generale e, come tale, trova in astratto applicazione anche nella fase di gravame dinanzi al CNF, ricorrendone i presupposti, ovvero una causa di forza maggiore o caso fortuito, giacché il concetto di non imputabilità deve presentare il carattere dell'assolutezza, non essendo sufficiente la prova di una impossibilità relativa, quale potrebbe essere la semplice difficoltà dell'adempimento o il ricorrere di un equivoco, evitabile con l'ordinaria diligenza, anche in ossequio ai doveri di diligenza e competenza imposti all'avvocato dai principi generali del CDF *(Nel caso di specie, la richiesta di rimessione in termini era fondata su asseriti problemi alla casella di posta elettronica certificata del ricorrente, che, a suo dire, per tale motivo non aveva ricevuto notizia del procedimento disciplinare a suo carico, di cui pertanto chiedeva la "riapertura". In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha respinto l'istanza in parola e quindi dichiarato l'inammissibilità del gravame).*

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Giraud), sentenza n. 34 del 7 marzo 2023

archiviazione

Il provvedimento di archiviazione della notizia dell'illecito disciplinare da parte del CDD può intervenire: a) in seduta plenaria prima dell'avvio del procedimento, anche in difetto di svolgimento di qualsivoglia attività istruttoria, su richiesta del presidente e senza formalità, nel caso di manifesta infondatezza; b) nella fase istruttoria preliminare, ad iniziativa del consigliere istruttore, con delibera della sezione competente; c) successivamente, in qualsiasi fase del procedimento, sempre con delibera della sezione competente, qualora emerga la manifesta infondatezza dell'addebito. In ogni caso, ai fini della sua impugnabilità, detta pronuncia si pone sul medesimo piano logico della decisione di proscioglimento, sicché tra i vizi che possono comportarne l'annullamento vi è il vizio di motivazione, considerato che l'art. 58 L. 247/12 richiede appunto che l'archiviazione sia disposta con delibera motivata, in qualunque fase del procedimento disciplinare essa intervenga (art. 19 Reg. CNF n. 2/2014).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Bertollini), sentenza n. 39 del 25 marzo 2023

maggiorazione di parcella

Viola l'art. 29 cdf (già art. 43 codice previgente), l'avvocato che, a causa del mancato spontaneo pagamento delle competenze professionali e senza averne fatto espressa riserva, richiede con una successiva comunicazione un compenso maggiore di quello già indicato in precedenza.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Brienza), sentenza n. 42 del 25 marzo 2023

iscrizione in più albi professionali (odontoiatri?)

L'art. 18 L. n. 247/2012 stabilisce che la professione di avvocato è incompatibile "con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale, e con l'esercizio dell'attività di notaio"; mentre permette "l'iscrizione nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nell'elenco dei pubblicisti e nel registro dei revisori contabili o nell'albo dei consulenti del lavoro". Tali eccezioni costituiscono un *numerus clausus* e non sono pertanto assoggettate ad interpretazione analogica, e ciò a prescindere dall'effettivo esercizio dell'attività professionale incompatibile, essendo infatti sufficiente la sola iscrizione in un albo professionale, diverso da quelli esplicitamente elencati, per poter determinare l'incompatibilità con quella nell'albo degli avvocati *(Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha affermato l'incompatibilità tra l'iscrizione all'albo degli Avvocati e quella degli Odontoiatri, in quanto siffatta ipotesi non è annoverata tra quelle che rendono possibile la contemporanea iscrizione).*

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Cosimato), sentenza n. 46 del 27 marzo 2023

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Giusti), SS.UU., sentenza n. 26996 del 27 dicembre 2016, Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Petitti), SS.UU., ordinanza n. 15208 del 22 luglio 2016.

deposito fiduciario con istruzioni scritte

Qualsiasi somma corrisposta all'avvocato ed estranea al compenso professionale, deve essere custodita nel rispetto di precise regole. In particolare, al fine di

evitare che si verificano situazioni ambigue e poco trasparenti che potrebbero nuocere all'immagine dell'avvocatura, è necessario che la gestione del denaro avvenga sulla base di istruzioni scritte e ben definite (art. 30, co. 4, cdf), a prescindere dalla richiesta della parte assistita: la ratio di una disciplina così rigorosa nasce, evidentemente, dalla volontà del Legislatore di evitare che la disponibilità del denaro nelle mani dell'Avvocato sia "libera ed incontrollata", al punto da potersi concretizzare abusi di tale situazione in danno del rapporto fiduciario che si instaura tra difensore e cliente ed in spregio delle eccezionali condizioni per cui l'Avvocato entra in possesso di tali somme (la sua qualifica professionale), senza contare il rischio patrimoniale che la confusione indotta dalla allocazione delle somme in rapporti non immediatamente riconducibili al cliente, possono produrre.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Corona, rel. Standoli), sentenza n. 86 del 9 maggio 2023

"estraneità" dell'incarico professionale contro una parte già assistita

Nel quadro delle disposizioni dirette a tutelare, nell'esercizio dell'attività professionale, i valori della correttezza e della lealtà nei rapporti con i terzi, l'art. 68, comma 2, CDF (secondo cui "l'avvocato non deve assumere un incarico professionale contro una parte già assistita quando l'oggetto del nuovo incarico non sia estraneo a quello espletato in precedenza") eleva a parametro selettivo della condotta sanzionabile il concetto di "estraneità", opportunamente evocato dal regolatore forense in luogo del concetto di "diversità" per chiarire, già dal punto di vista letterale, come la condotta dell'avvocato assume potenziale rilievo disciplinare non solamente quando l'oggetto del secondo mandato non differisce da quello del primo – cioè quando *petitum* e *causa petendi* non sono diversi –, ma anche quando l'oggetto del nuovo incarico non è estraneo a quello espletato in precedenza, nonostante *petitum* e *causa petendi* differiscano, per via della consonanza tra gli incarichi professionali alla luce dei doveri fondamentali di probità, lealtà e correttezza che si impongono all'avvocato nell'esercizio della sua attività professionale: è solo attraverso il filtro costituito dalla trama dei doveri fondamentali che debbono guidare anche nei rapporti con i terzi la condotta del professionista che si rende perciò possibile misurare quanto il nuovo incarico risulti estraneo a quello già

espletato. Tale valutazione è condotta dal giudice disciplinare unicamente in fatto, perché è solo attraverso l'apprezzamento degli elementi di fatto che connotano la fattispecie oggetto di disamina che egli è posto in grado di stabilire o meno se il nuovo incarico possa dirsi estraneo al precedente, sicché il relativo responso è sottratto al sindacato della Corte di Cassazione.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Corona, rel. Giraudo), sentenza n. 100 del 23 maggio 2023

NOTA:

In senso conforme, Corte di Cassazione (pres. Cassano, rel. Marulli), SS.UU., sentenza n. 10810 del 24 aprile 2023.

prorogatio

in rinuncia o revoca del mandato

Al pari della revoca da parte del cliente, la rinuncia al mandato da parte dell'avvocato non produce effetto immediato: in capo al difensore permangono, in via esemplificativa, l'elezione di domicilio e l'obbligo di informare l'(ex) assistito di eventuali notifiche e comunicazioni ricevute, fino a quando non intervenga un nuovo difensore o sia decorso l'eventuale termine a difesa, sicché non è corretto disinteressarsi dell'assistito prima che ciò si verifichi.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Masi, rel. Corona), sentenza n. 127 del 16 giugno 2023

contatto diretto

con controparte assistita

Costituisce comportamento deontologicamente scorretto prendere accordi diretti con la controparte, quando sia noto che la stessa è assistita da altro collega (art. 41 cdf). In particolare, costituiscono distinte condotte illecite sia l'aver avuto contatti diretti con la controparte che sappia assistita da altro collega (comma 2) sia l'averla ricevuta in assenza di difensore o in difetto di suo esplicito consenso (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima è stata inflitta la sanzione della censura*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Corona, rel. Scarano), sentenza n. 152 dell'11 luglio 2023

NOTA:

In senso conforme, per tutte, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Melogli, rel. Giraudo), sentenza n. 164 del 17 luglio 2021.

limiti temporali delle sanzioni disciplinari definitive

La sanzione disciplinare definitiva rileva senza limiti temporali, salvo espressa deroga normativa, quantomeno a specifici fini (Nel caso di specie, il ricorrente aveva richiesto la cessazione degli effetti della censura irrogatagli oltre dieci anni prima, al fine di poter accedere alla qualifica di mediatore, all'uopo invocando una sorta di limitata efficacia temporale delle sanzioni disciplinari, in analogia con quanto previsto in sede civile a proposito della c.d. *actio judicati*. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato il ricorso, in quanto inammissibile).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Corona, rel. De Benedittis), sentenza n. 153 dell'11 luglio 2023

NOTA:

Per alcuni esempi di efficacia indiretta delle sanzioni disciplinari a tempo indefinito, si vedano:

- l'art. 7 L. n. 53/1994 in tema di notifiche in proprio cartacee, con riferimento a sanzioni disciplinari superiori alla censura;
- l'art. 29 d.lgs. n. 271/1989 in tema di difese d'ufficio, con riferimento a sanzioni disciplinari superiori all'"ammonimento" (*rectius*, avvertimento);
- l'art. 81 dPR n. 115/2002 in tema di patrocinio a spese dello Stato (cd. gratuito patrocinio), con riferimento a sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento;
- l'art. 4, co. 4, lett. c, dm. n. 180/2010 in tema di media conciliazione, con riferimento a sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento.

Invece, per una espressa limitazione temporale dell'efficacia delle sanzioni disciplinari, cfr. l'art. 3, co. 3, L. n. 113/2017, secondo cui "Sono eleggibili gli iscritti che hanno diritto di voto, che non abbiano riportato, nei cinque anni precedenti, una sanzione disciplinare esecutiva più grave dell'avvertimento".

Si ricorda, infine, che l'istituto della riabilitazione non si applica alle sanzioni disciplinari (cfr., per tutte, Consiglio Nazionale Forense, sentenza del 13 dicembre 2018, n. 174), e lo stesso dicasi per amnistia, indulto e benefici penali della non menzione (per tutte, Consiglio Nazionale Forense, sentenza del 3 maggio 2016, n. 116).

culpa in eligendo e vigilando

L'avvocato che attribuisca ad un terzo (nella specie, la propria segretaria) la facoltà di pubblicare, senza alcun effettivo controllo preventivo, post e contenuti nelle pagine social e/o sul sito web dello studio legale risponde personalmente dell'eventuale rilevanza disciplinare dell'attività stessa per *culpa in eligendo*

ed *in vigilando*, giacché con l'incauta delega assume colposamente il rischio sufficiente ad integrare l'illecito deontologico, che peraltro non è scriminato né dal fatto che la pubblicazione sia avvenuta per un errore umano o tecnico del terzo, né dalla successiva rimozione del contenuto stesso.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Patelli), sentenza n. 177 del 20 settembre 2023

accaparramento di clientela

Costituisce violazione del divieto di accaparramento di clientela (art. 37 cdf, già art. 19 codice previgente), nonché lesione della dignità e del decoro della professione, il comportamento dell'avvocato che, senza esserne richiesto, offra una prestazione personalizzata, cioè rivolta a una persona determinata per uno specifico affare (*Nel caso di specie, il professionista aveva pubblicato un annuncio sui social offrendo la propria assistenza, definita "altamente qualificata", nelle azioni da promuovere in favore delle persone coinvolte e danneggiate, direttamente o indirettamente, in un tragico incidente ferroviario*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Patelli), sentenza n. 177 del 20 settembre 2023

NOTA:

In senso conforme, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Allorio), sentenza n. 38 del 25 febbraio 2020, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 10 ottobre 2017, n. 139. In arg. cfr. pure Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Allorio), sentenza n. 141 del 5 dicembre 2019.

conflitto d'interessi (anche potenziale)

Il divieto di prestare attività professionale in conflitto di interessi anche solo potenziale (art. 24 cdf, già art. 37 codice previgente) risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva e dell'autonomia dell'avvocato ma, altresì, alla loro apparenza (in quanto l'apparire indipendenti è tanto importante quanto esserlo effettivamente), dovendosi in assoluto proteggere, tra gli altri, anche la dignità dell'esercizio professionale e l'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di fare fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone, quindi a tutela dell'immagine complessiva della categoria forense, in prospettiva ben più ampia rispetto ai confini di ogni specifica vicenda

professionale. Conseguentemente: 1) poiché si tratta di un valore (bene) indisponibile, neanche l'eventuale autorizzazione della parte assistita, pur resa edotta e, quindi, scientemente consapevole della condizione di conflitto di interessi, può valere ad assolvere il professionista dall'obbligo di astenersi dal prestare la propria attività; 2) poiché si intende evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato, perché si verifichi l'illecito (c.d. di pericolo) è irrilevante l'asserita mancanza di danno effettivo.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Greco, rel. Galletti), sentenza n. 165 del 25 luglio 2023

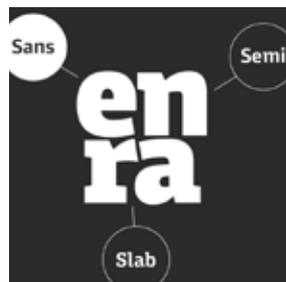
carcere

Va sottoposto a procedimento disciplinare (e conseguentemente annullato il provvedimento di archiviazione disposta dal CDD) l'avvocato che agevoli o renda possibile la violazione delle norme dettate dal regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario e delle relative disposizioni operative rese dall'amministrazione penitenziaria, specie da parte del proprio assistito *in vinculis* (*Nel caso di specie, durante un colloquio in carcere con un proprio assistito detenuto, l'avvocato gli aveva mostrato "un telefono cellulare con l'immagine di una donna", asseritamente per una comunicazione a distanza con una familiare del detenuto stesso, in assenza di autorizzazione dell'amministrazione penitenziaria, la quale segnalava pertanto l'accaduto al COA di appartenenza. Ricevuto l'esposto, tuttavia, il CDD archiviava il procedimento. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha accolto l'impugnazione dell'archiviazione proposta dal COA, rinviando così gli atti al CDD, in diversa composizione*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Corona, rel. Napoli), sentenza n. 200 dell'11 ottobre 2023



per i titoli per i testi



LE FOTO
DI QUESTO
NUMERO
SONO DI
**ANNARITA
MELEGARI**

