

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XIV NUMERO 2

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

Anno XIV N° 2 • Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20/c legge 602/96 - Direzione Commerciale - Napoli

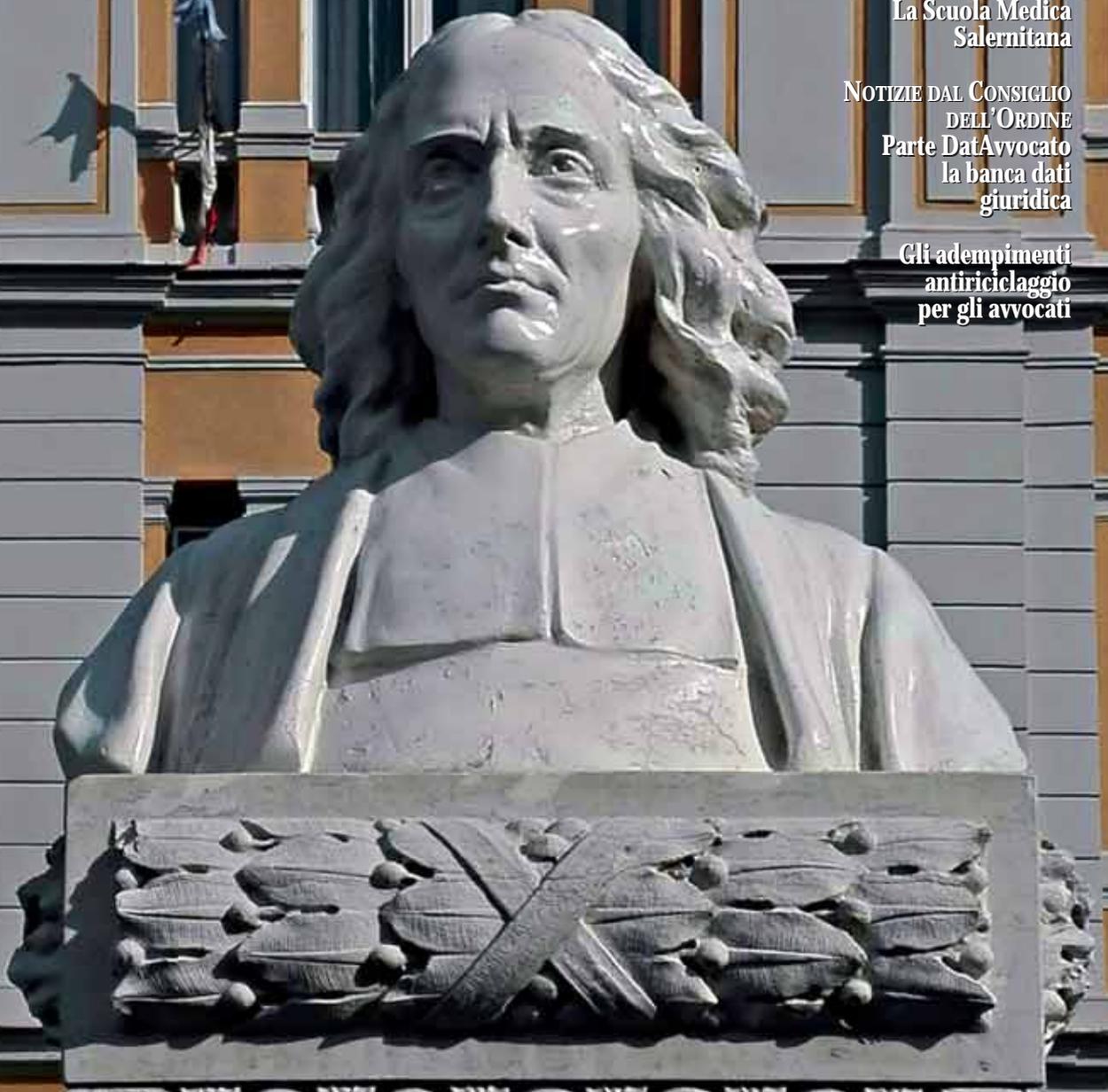
**EDITORIALE**  
Giustizia  
e Famiglia

**VOCI DAL PALAZZO  
DI GIUSTIZIA**  
Sintesi del secondo  
rapporto annuale CENSIS

**HISTORIA ET  
ANTIQUITATES**  
La Scuola Medica  
Salernitana

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO  
DELL'ORDINE**  
Parte DatAvvocato  
la banca dati  
giuridica

**Gli adempimenti  
antiriciclaggio  
per gli avvocati**



## **Periodico Quadrimestrale dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale  
di Nocera Inferiore  
n. 184 del 23.02.2004

### **presidente**

Aniello Cosimato

### **Direttore Editoriale**

Luigi Ciancio

### **Direttore Responsabile**

Marianna Federico

### **Comitato di Redazione**

Barbara Barbato

Carmela Bonaduce

Anna Capaldo

Carmela Concilio

Maria Coppola

Maria Grazia Coppola

Gianluca Granato

Eliana Libroia

Emiliana Matrone

Mariella Orlando

Francesco Ricciardi

Gaetano Riccio

Giuseppina Romano

Eleonora Stefanelli

Valeria Tevere

Michele Tipaldi

Rossella Ugliano

Anna Villani

### **Segretario di Redazione**

Massimo De Martino Adinolfi

### **Hanno collaborato a questo numero**

Carmela Gorga

Angelo Mondelli

si ringraziano

Emilia Scognamiglio

Elvira Spena

### **Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

[omniaiustitiae@foronocera.it](mailto:omniaiustitiae@foronocera.it)

Progetto grafico a cura di

**Marianna Federico**

Il materiale per la pubblicazione,  
che dovrà essere inviato su supporto magnetico  
formato Word, non sarà restituito

### **In copertina:**

**Nocera Inferiore, busto di Giambattista Vico,  
foto di Gaetano Riccio**

Realizzazione Editoriale

**Altrastampa Edizioni**

cell. 338.7133797

[altrastampa@libero.it](mailto:altrastampa@libero.it)

Le immagini a corredo di questo numero sono  
tratte dal volume *Paesaggisti stranieri in Campania  
nell'800* di Massimo Ricciardi, De Luca Edizioni,  
Salerno, ai quali va il nostro ringraziamento

© 2017 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2017 Testi

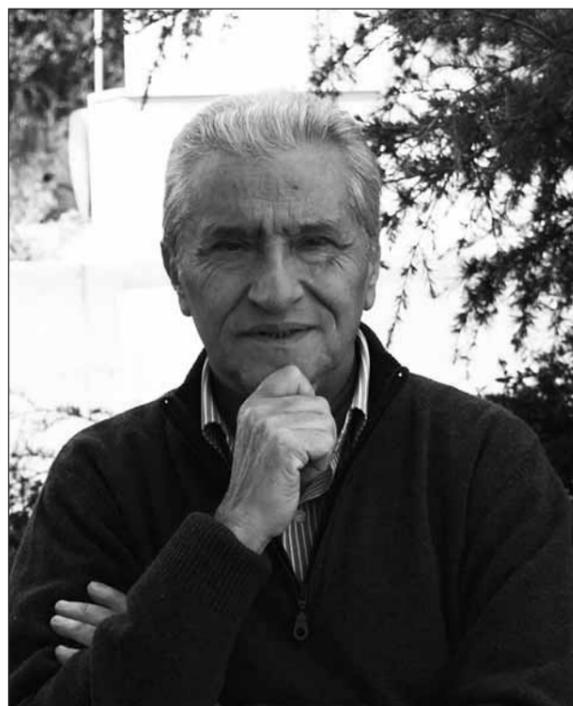
Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

**OMNIA IUSTITIAE**  
ANNO XIV • NUMERO 2

# s o m m a r i o

|  |    |   |    |
|--|----|---|----|
| <i>Luigi Ciancio</i><br>Editoriale   | 4  | <i>Giuseppina Romano</i><br>La riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale   | 18 |
| <b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b><br><i>la redazione</i><br>Sintesi del secondo rapporto annuale Censis sull'Avvocatura italiana: una professione ancora prestigiosa, ma ferita dalla crisi | 6  | <i>Eleonora Stefanelli</i><br>Clausole <i>claims made</i> : ambito applicativo, confini interpretativi e limiti di operatività alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali | 21 |
| <b>GIURISPRUDENZA</b><br><i>Maria Coppola</i><br>I primi passi del processo amministrativo telematico  | 8  | <i>Anna Villani</i><br>La riforma Madia sul pubblico impiego: novità in tema di responsabilità dirigenziale, performance e concorsi pubblici                                      | 24 |
| <i>Maria Grazia Coppola</i><br>Tramonta il parametro del tenore di vita matrimoniale per la determinazione dell'assegno divorzile  | 9  | <b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b><br><i>Elvira Spina ed Emilia Scognamiglio</i><br>La salute tra leggenda, storia e alchimia. La Scuola Medica Salernitana                          | 28 |
| <i>Emiliana Matrone</i><br>La collocazione delle figlie minori presso il padre da oggi è una realtà. Così ha deciso il Tribunale di Nocera Inferiore   | 11 | <b>LA PAGINA DEI CONVEGNI</b><br><i>Emiliana Matrone</i><br>Il risarcimento del danno nel rapporto di lavoro  | 33 |
| <i>Eleonora Stefanelli</i><br>Sulla corretta qualificazione giuridica della residenza ai fini della cittadinanza italiana  | 12 | <b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b><br><i>la redazione</i><br>News dalla Cassa Forense   |    |
| <b>DOTTRINA</b><br><i>Eliana Libroia</i><br>Copia e ricostruzione personale: la sottile linea di confine che consente di superare l'esame di avvocato con un aiuto esterno                     | 14 | DatAvvocato, si parte. La banca dati giuridica realizzata in esclusiva dal Gruppo 24Ore per Cassa Forense è on line   | 37 |
| <i>Angelo Mondelli e Carmela Gorga</i><br>Legittima difesa, quali prospettive? Analisi della riforma in corso nel Parlamento Italiano  | 15 | Cassa Forense: bando prestiti agli iscritti under 35, scadenza 31/10/2017   | 37 |
| <i>Gaetano Riccio</i><br>La legge Gelli-Bianco: una nuova responsabilità penale per il sanitario?  | 16 | News dal Consiglio Nazionale Forense  |    |
|  |    | Ultime sentenze del Consiglio Nazionale Forense in materia deontologica   | 38 |
|  |    | Gli adempimenti antiriciclaggio per gli avvocati  | 39 |
|  |    | Statistiche iscritti  | 48 |

## Editoriale di Luigi Ciancio



### Giustizia e famiglia

La cronaca giornalistica degli ultimi tempi è stata caratterizzata da due temi di cui ci piace trattare in questa rivista, allo scopo di sollecitare discussioni, dibattiti, opinioni.

Il primo afferisce il trasferimento di ufficio disposto all'unanimità dal Consiglio Superiore della Magistratura di un giudice per avere "tenuto comportamenti pregiudizievoli al buon andamento dell'Ufficio e dei rapporti di fiducia e collaborazione con altri magistrati e per aver praticato una giustizia familiare".

In particolare gli è stato addebitato di aver assegnato a se stesso cause patrocinata da avvocati amici i quali, in più occasioni, si redigevano le proprie sentenze.

È evidente lo sconcerto di chi legge tali notizie che legittimamente si chiede se il suo caso giudiziario sarà valutato con serenità e non con pregiudizio; se la sua controparte non tenti la carta della *captatio benevolentiae*; se il giudice ha l'autorità morale necessaria a rimanere distaccato da legami amicali, pregiudizievoli al buon esito della causa; se, insomma, esiste una giustizia giusta.

È una ossessante sequela di domande che il cliente rivolge al suo avvocato ogni qualvolta si legge di episodi di malagiustizia.

Hai l'obbligo di convincere il tuo cliente che non tutti i giudici sono responsabili del discredito della giustizia; che la maggior parte di essi sono uomini di alto valore morale, adusi ad adempiere al loro ufficio con razionale umanità; che il giudice scrupoloso decide solo dopo aver approfondito i motivi di causa; che, comunque, per essere uomini, non sono infallibili.

"Non conosco altro ufficio che, più di quello del giudice, esiga in chi lo esercita forte senso di virile dignità: quel senso che impone di ricercare nella propria coscienza, più che nei comandi altrui, la giustificazione del proprio agire e di assumerne in pieno, a viso aperto la responsabilità".

Così si legge in *Elogio dei giudici* scritto dall'avvocato Pietro Calamandrei.

Il secondo tema, quello relativo allo *ius soli* è divenuto un vero e proprio tormentone.

Tra sigle di oscura interpretazione (diritto di suolo, diritto di dimora, diritto di cittadinanza) e infuocate prese di posizione tra i diversi raggruppamenti politici, sono riuscito a capire che nel nostro Paese si tende a modificare lo stato giuridico dei figli dei migranti nati in Italia.

Allo stato ad un bambino, figlio di migranti, nato nel nostro Paese non può essere riconosciuto diritto alcuno mentre gli effetti di un riconoscimento legislativo comporterebbero l'acquisizione di diritti e di doveri, per come statuito dalla nostra Costituzione.

A me pare apprezzabile l'intento di garantire tutela ai nati in Italia da migranti regolari purché non si tenda a mortificare la esistenza giuridica dei cittadini italiani "veraci" che sono e restano baluardo del nostro Paese.

È auspicabile, in buona sostanza, che si pensi a strumenti normativi tali da assicurare a tutti una vita di intensa solidarietà sociale.

E per il momento, è tutto.



F.R. Unterberger.  
Veduta di Amalfi  
dalla strada costiera,  
già Christie's, New York

# Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

## Sintesi del secondo rapporto annuale Censis sull'Avvocatura italiana: una professione ancora prestigiosa, ma ferita dalla crisi

Presentato alla Convention di Cassa Forense del 9-10 giugno 2017.

Il 71,6% degli italiani non ha fiducia nel sistema giudiziario e il 30,7% ha deciso di non avviare un'azione legale a propria tutela. Nel 2016 il 44,9% degli avvocati ha subito un ridimensionamento delle entrate.

Roma, 10 giugno 2017. Una professione ancora prestigiosa.

Le professioni che gli italiani ritengono più prestigiose sono il medico (59,9%) e l'ingegnere (34,7%). Gli avvocati si collocano a metà classifica (16%), preceduti dai consulenti del lavoro (21,4%) e seguiti da giornalisti (15,8%), commercialisti (11,2%) e architetti (8,4%). Chiudono la classifica i notai con il 2,9%. È quanto emerge dal "Rapporto annuale sull'avvocatura" realizzato dal Censis per la Cassa Forense, che fa il punto sull'immagine e la reputazione degli avvocati nell'opinione degli italiani.

Un ruolo attivo per il buon funzionamento del paese.

Gli italiani attribuiscono agli avvocati un ruolo attivo nella diffusione della legalità (27,4%), nel miglioramento della macchina amministrativa pubblica (22,1%), nella stabilizzazione dei rapporti di lavoro (20,3%) e nella tutela dei segmenti deboli della società (20,1%). Rispetto al tema della giustizia, il 42,3% dei cittadini ritiene che gli avvocati possano svolgere un ruolo nel risolvere l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari, il 27,7% glielo riconosce nella riforma del sistema e nei rapporti con la magistratura, l'11,1% per i costi d'accesso alla giustizia. Tra i soggetti che garantiscono un migliore funzionamento della giustizia, gli avvocati sono indicati solo dal 12,1% della popolazione. Prevalgono le forze dell'ordine, indicate dal 40,7%, e la magistratura, con il 35,3%, seguita dalla Corte Costituzionale (20,6%) e dal Consiglio superiore della magistratura (19,7%).

La sfiducia nella giustizia.

Per il 71,6% dei cittadini il sistema giudiziario italiano non è in grado di garantire pienamente la tutela dei diritti fondamentali.

Complessivamente, più della metà degli italiani (52,6%) ritiene che la situazione del sistema giudiziario sia rimasta pressoché invariata nel corso del 2016. Il 38,2% segnala invece un progressivo peggioramento del sistema nel corso dell'ultimo anno (e la sensazione di deterioramento si riscontra maggiormente nelle aree meridionali del Paese: 41,1%).

C'è chi rinuncia a far valere i propri diritti. Nel corso degli ultimi due anni, il 30,7% degli italiani ha deciso di non avviare un'azione legale a propria tutela. Ad aver rinunciato alla tutela giudiziaria di un diritto sono soprattutto le persone più istruite: il 36,3% dei laureati e il 31,1% dei diplomati, a fronte di solo il 15,7% di chi ha la licenza media. Tra le ragioni che hanno convinto i cittadini a non farlo, il 29,4% indica il costo eccessivo della procedura e il 26,5% i tempi lunghi per giungere a un giudizio definitivo. Più contenuta la percentuale di chi motiva la rinuncia con la sfiducia nei confronti del funzionamento della giustizia (16,2%) e con l'incertezza dell'esito finale (15,9%).

La fotografia degli avvocati, tra sopravvissuti alla crisi e pessimisti.

Il rapporto del Censis contiene anche un'indagine sull'autopercezione della professione secondo un campione di circa 10.000 avvocati. Nel 2016 il 44,9% degli avvocati ha subito un ridimensionamento delle proprie entrate. Negli ultimi due anni si è ridotta anche la quota di chi ha incrementato il fatturato, passata dal 25,1% nel 2015 al 23,8% del 2017. Il 34,1% degli avvocati dichiara di sopravvivere nonostante la situazione e il 33% definisce molto critica e incerta la propria condizione professionale. Tra il 2015 e il 2017 è anche aumentata la quota di quanti prevedono un peggioramento, passati dal 24,6% al 33,6% del totale. La difficoltà a risparmiare continua a collocarsi al primo posto tra quelle elencate (78,8%), seguita dalla diminuzione del reddito familiare (50,4%), le difficoltà economiche dovute alla riduzione o all'interruzione dell'attività professionale (45,2%), le difficoltà economiche dovute a spese impreviste (41,6%). A una chiara identificazione del disagio non corrisponde da parte degli iscritti alla Cassa Forense una decisa propensione all'utilizzo di strumenti finalizzati dalla Cassa proprio a supportare gli iscritti nella gestione di situazioni di difficoltà. Se il 42% degli avvocati dichiara di essere a conoscenza del regolamento sull'Assistenza della Cassa Forense in vigore dal 1° gennaio 2016, l'utilizzo degli strumenti previsti appare ancora non molto diffuso. Solo l'indennità di maternità raggiunge, fra chi ha dichiarato di essere a conoscenza dei contenuti del regolamento, una quota di utilizzo superiore al 10%.

"I dati rilevati dalla ricerca del Censis, la seconda volta per Cassa Forense, dimostrano che siamo

comuni a tutela degli iscritti. "Noi rappresentanti delle Casse dei liberi professionisti abbiamo il compito di contribuire affinché si parli di più di AdEPP", ha precisato Luciano. Sul tema il presidente di Cassa Forense ha proseguito evidenziando la necessità di realizzare progetti per far crescere il sistema paese, ad esempio puntando su una sinergia che preveda prestiti comuni per gli iscritti attraverso l'impegno delle risorse necessarie a tale scopo. "Dobbiamo essere protagonisti nel diffondere insieme la filosofia dell'ottimismo. Ma alla base di tutto occorre capire e cogliere l'aspetto positivo del ragionamento dell'altro, dunque aprirsi all'ascolto per conoscere l'altro", ha aggiunto il presidente Luciano, che a chiusura dei lavori, ha rivolto un significativo messaggio: "Conoscere meglio noi, ascoltando i nostri iscritti, e conoscere meglio gli altri, dialogando e confrontandosi, per realizzare un progetto comune". (Church Palace, Roma 10/06/2017).

Il presidente della Cassa Forense Nunzio Luciano



sulla strada giusta", ha commentato il presidente dell'ente, Nunzio Luciano. "Per far fronte alle difficoltà in cui versano molti avvocati", ha spiegato Luciano, "Cassa Forense ha varato una serie di misure di welfare, sia assistenziale che strategico, muovendosi in diversi ambiti: salute, famiglia, bisogno e necessità individuali, professione. Il Regolamento dell'Assistenza ci consente di poter accompagnare il professionista in tutto il percorso, dal momento in cui inizia la sua attività professionale fino a quando decide di smettere. Ci permette di aiutarlo nei momenti di difficoltà. Il problema", ha concluso Luciano, "è che gli avvocati italiani devono conoscere di più e meglio quello che Cassa Forense sta facendo e può fare per loro. Per questo il 9 e il 10 giugno abbiamo organizzato a Roma una convention nazionale: obiettivo è quello di illustrare agli Ordini distrettuali e territoriali e alle associazioni di categoria tutte le misure da noi varate".

L'intero rapporto sarà disponibile nei prossimi giorni sul sito [www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it).

Le conclusioni del presidente Nunzio Luciano: "Crescere insieme e lanciare progetti comuni". Le conclusioni dei lavori della Convention di Cassa Forense al Church Palace di Roma è stata affidata al presidente Luciano che ha invitato i presidenti delle Casse aderenti all'AdEPP a rinunciare ai propri spazi per far crescere gli interessi



comuni a tutela degli iscritti. "Noi rappresentanti delle Casse dei liberi professionisti abbiamo il compito di contribuire affinché si parli di più di AdEPP", ha precisato Luciano. Sul tema il presidente di Cassa Forense ha proseguito evidenziando la necessità di realizzare progetti per far crescere il sistema paese, ad esempio puntando su una sinergia che preveda prestiti comuni per gli iscritti attraverso l'impegno delle risorse necessarie a tale scopo. "Dobbiamo essere protagonisti nel diffondere insieme la filosofia dell'ottimismo. Ma alla base di tutto occorre capire e cogliere l'aspetto positivo del ragionamento dell'altro, dunque aprirsi all'ascolto per conoscere l'altro", ha aggiunto il presidente Luciano, che a chiusura dei lavori, ha rivolto un significativo messaggio: "Conoscere meglio noi, ascoltando i nostri iscritti, e conoscere meglio gli altri, dialogando e confrontandosi, per realizzare un progetto comune". (Church Palace, Roma 10/06/2017).

# Giurisprudenza

Maria Coppola

## I primi passi del processo amministrativo telematico

Dopo ripetuti rinvii, lo scorso primo gennaio 2017 il processo amministrativo telematico è divenuto obbligatorio.

E, come per tutti gli avvisi, non è stato immune da qualche incertezza.

Si è trattato, invero, di una rivoluzione globale, che ha investito operatori e fruitori del diritto. Non sono, infatti, i soli difensori e i magistrati, ma tutte le parti del processo (funzionari di cancelleria, ausiliari del giudice, pubbliche amministrazioni e parti private che, ove previsto, possano stare in giudizio senza l'ausilio di un avvocato) a doversene avvalere<sup>1</sup>.

Non è, inoltre, la sola parte che si costituisce (come nel processo civile) a dover provvedere al deposito telematico, ma anche la ricorrente.

Il tutto avviene allegando atti e documenti in un modulo pdf che, a seconda della tipologia del deposito, potrà essere prelevato con un download dal sito istituzionale della giustizia amministrativa e inviato dall'indirizzo p.e.c. del professionista a quello della sede giudiziaria adita e pubblicato sul sito istituzionale.

Come nel processo civile, anche nel PAT, gli atti creati dal professionista per il deposito telematico dovranno essere da quest'ultimo sottoscritti mediante l'utilizzo della firma digitale, con la differenza che la sola modalità di firma consentita è quella PADES-BES.

Sembra agevole... eppure pronunce attestanti qualche *defaillance* - per essa intendendosi ogni violazione alle norme tecniche del processo amministrativo telematico - non sono mancate.

È, per esempio, proprio del Tar Campania Sez. Napoli l'ordinanza cautelare del 19 aprile 2017 n. 581 che decreta l'insufficienza della sola scansione per immagini a fornire prova della notifica del ricorso a mezzo p.e.c.

Nella fattispecie, parte ricorrente, per provare l'avvenuta notifica, aveva depositato la sola scansione per immagini delle ricevute di accettazione e di consegna dell'impugnazione trasmessa via p.e.c. all'amministrazione.

Non essendosi quest'ultima costituita in giudizio, il collegio aveva naturalmente avanzato dubbi in merito alla integrità del contraddittorio.

Invero, l'art. 14 del decreto del presidente del Consiglio dei Ministri n. 40 del 2016, in proposito, ha previsto che "ai fini della dimostrazione della regolare instaurazione del contraddittorio,

non è sufficiente l'inserimento nel fascicolo informatico della mera scansione per immagini della ricevuta di avvenuta consegna che non contenga i documenti notificati via p.e.c. in formato cliccabile", poiché "una tale modalità di notifica non consente al collegio di verificare quale atto sia stato concretamente notificato alla controparte". Pertanto, il collegio ha invitato la ricorrente a regolarizzare il contraddittorio, fornendo prova della ritualità della notifica ai sensi dell'art. 14 sopra richiamato, "mediante trasmissione informatica delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna con allegati i documenti notificati via p.e.c.", aggiungendo che "la disposta regolarizzazione non dà luogo ad elusione dei termini decadenziali, controvertendosi in materia di diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. e), n. 2) del c.p.a."

È capitato, inoltre, spesso il caso di ricorsi o atti processuali redatti, notificati o depositati ancora in forma cartacea e sprovvisti di firma digitale.

I Tar, che hanno dovuto decidere in merito, lo hanno finora sempre fatto scegliendo fra l'inammissibilità, la nullità e la validità con onere, per la parte, di regolarizzazione<sup>2</sup>.

Anche il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1541 del 4 aprile 2017 si è espresso sul punto, ribadendo che il ricorso non redatto o, comunque, non sottoscritto in forma digitale, benché non conforme alle prescrizioni di legge, non può essere considerato del tutto inesistente perché, anche alla luce del principio di strumentalità delle forme processuali, comunque non si configura in termini di "non atto" (secondo la nota distinzione fra inesistenza e nullità, da ultimo segnalata dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 14916 del 20 luglio 2016).

Per cui, escluse l'inesistenza, l'abnormità o la nullità, la categoria che, per il Consiglio di Stato, va utilizzata nei casi *de quibus*, è quella della irregolarità, accertata la quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 44 c.p.a. - andrà concesso al ricorrente un termine per la sua regolarizzazione nelle forme di legge. Tale termine, in quanto assegnato dal giudice - e in difetto di diversa previsione - è perentorio, ex art. 52, comma 1, c.p.a. Con la conseguenza che, alla sua mancata osservanza, seguirà l'irricevibilità del ricorso<sup>3</sup>.

Pare, allora legittimo concludere che, di fronte alla casistica delle violazioni delle "norme tecniche" inerenti al PAT, la questione fondamentale che orienterà ogni giudice al momento di stabilire quali siano, dal punto di vista giuridico, le conseguenze processuali, sarà sempre e in ogni caso legata al principio primario dell'ordinamento processuale alla conservazione degli atti, col suo

naturale corollario del principio del raggiungimento dello scopo<sup>4</sup>.

- 1 Solo in casi eccezionali il presidente può, ex art. 136 C.P.A., comma 2, n. 2, dispensare dall'osservanza dell'obbligo di deposito telematico.
- 2 In termini, Tar Calabria-Catanzaro, sez. I, ordinanza cautelare 26 gennaio 2017, n. 33; ordinanza cautelare 9 febbraio 2017, n. 50; sentenza breve 10 febbraio 2017, n. 175; Tar Campania-Napoli, sez. II, sentenza breve 22 febbraio 2017, n. 1053; Tar Lazio, sez. II, 1° marzo 2017, n. 2993; sez. III *bis*, ordinanza collegiale 8 marzo 2017, n. 3231; Tar Sicilia-Catania, sez. III, 13 marzo 2017, n. 499; Tar Campania-Napoli, sez. I, sentenza 28 marzo 2017, n. 1694.
- 3 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 788.
- 4 Il principio del raggiungimento dello scopo è stato applicato anche nella recente pronuncia delle Sezioni Unite Civili n. 7665, depositata il 18 aprile 2016.

Maria Grazia Coppola

## Tramonta il parametro del tenore di vita matrimoniale per la determinazione dell'assegno divorzile

Cassazione Civile, sez. I, sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017, presidente S. Di Palma, relatore A.P. Lamorgese.

La sentenza n. 11504 resa della Corte di Cassazione, sez. I, in data 10 maggio 2017, viene concordemente ritenuta "storica" dal momento che con essa si è concretizzata una vera e propria rivoluzione dei principi fondamentali della legge sul divorzio.

Ebbene, gli ermellini di palazzo Clodio hanno stabilito che il parametro del "tenore di vita matrimoniale", non può più essere vincolante e definitivo nel giudizio di riconoscimento del diritto all'assegno divorzile e nella sua relativa quantificazione poiché i tempi sono cambiati ed è necessario superare la concezione "patrimonialistica del matrimonio inteso come sistemazione definitiva". La prima scrupolosa valutazione svolta dai giudici, porta a ritenere che: "una volta sciolto il matrimonio civile o cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso - sulla base dell'accertamento giudiziale, passato in giudicato, che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita -, il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sul piano sia dello status personale dei coniugi, i quali devono perciò considerarsi da allora in poi "persone singole", sia dei loro rapporti economico-patrimoniali (art. 191 c.c., comma 1) e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e materiale (art. 143 c.c., comma 2), fermo ovviamente, in presenza di figli, l'esercizio della responsabilità genitoriale, con i

relativi doveri e diritti, da parte di entrambi gli ex coniugi". La Suprema Corte, dunque, superando, in considerazione dell'evoluzione del costume sociale, il proprio consolidato orientamento, in maniera brillante e con un iter logico-argomentativo completo ed esaustivo, precisa in via preliminare che: "La complessiva *ratio* della legge n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, - il cui fondamento costituzionale è insito nel dovere inderogabile di "solidarietà economica" (art. 2, in relazione all'art. 23, Cost.), il cui adempimento è richiesto ad entrambi gli ex coniugi, quali "persone singole", a tutela della "persona" economicamente più debole (cosiddetta "solidarietà post-coniugale") - sta precisamente in questo duplice fondamento costituzionale ovvero sia la qualificazione della natura dell'assegno di divorzio come esclusivamente "assistenziale" in favore dell'ex coniuge economicamente più debole sia la giustificazione della doverosità della sua "prestazione" (art. 23 Cost.). Tuttavia, i giudici di Cassazione sottolineano come "il carattere condizionato del diritto all'assegno di divorzio - comportando ovviamente la sua negazione in presenza di "mezzi adeguati" dell'ex coniuge richiedente o delle effettive possibilità "di procurarseli", vale a dire della "indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso - comporta altresì che, in carenza di ragioni di "solidarietà economica", l'eventuale riconoscimento del diritto si risolverebbe in una locupletazione illegittima, in quanto fondata esclusivamente sul fatto della "mera preesistenza" di un rapporto matrimoniale ormai estinto, ed inoltre di durata tendenzialmente *sine die*: il discrimine tra "solidarietà economica" ed illegittima locupletazione sta, perciò, proprio nel giudizio sull'esistenza, o no, delle condizioni del diritto all'assegno, nella fase dell'*an debeatur*".

Tanto premesso, la Corte riconosce "come decisiva, ai fini del riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio all'ex coniuge richiedente, "l'interpretazione del sintagma normativo "mezzi adeguati" e della disposizione "impossibilità di procurarsi mezzi adeguati per ragioni oggettive" nonché, in particolare e soprattutto, l'individuazione dell'indispensabile "parametro di riferimento", al quale rapportare l'adeguatezza-inadeguatezza dei "mezzi" del richiedente l'assegno e, inoltre, la "possibilità-impossibilità" dello stesso di procurarseli".

I giudici, quindi, ricordano come sia noto che, "sia prima sia dopo le fondamentali sentenze delle Sezioni Unite nn. 11490 e 11492 del 29 novembre 1990 (cfr. *ex plurimis*, rispettivamente, le sentenze nn. 3341 del 1978 e 4955 del 1989, e nn. 11686 del 2013 e 11870 del 2015), il parametro di riferimento - al quale rapportare l'"adeguata-

tezza-inadeguatezza” dei “mezzi” del richiedente - è stato costantemente individuato da questa Corte nel “tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente e ragionevolmente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio stesso, fissate al momento del divorzio”.

Tuttavia, sulla scorta di tali premesse, la Corte supera la sua precedente posizione stabilendo: “a distanza di quasi ventisette anni, il collegio ritiene tale orientamento, per le molteplici ragioni che seguono, non più attuale, e ciò lo esime dall’osservanza dell’art. 374 c.p.c., comma 3. Il parametro del “tenore di vita” - se applicato anche nella fase dell’*an debeatur* - collide radicalmente con la natura stessa dell’istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici: infatti, come già osservato, con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale - a differenza di quanto accade con la separazione personale, che lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali di cui all’art. 143 cod. civ. -, sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo sia pure limitatamente alla dimensione economica del “tenore di vita matrimoniale” ivi condotto - in una indebita prospettiva, per così dire, di “ultrattività” del vincolo matrimoniale”.

Inoltre, è estremamente significativo come la Corte ritenga compiutamente applicabile al divorzio anche il principio dell’“autoreponsabilità economica” - richiamando, a tal fine, la sentenza di Cassazione n. 18076 del 2014 -, che esclude, di fatto, l’esistenza di un obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente (nella specie, entrambi ultraquarantenni).

Dunque, per la Corte l’“autoreponsabilità” è applicabile certamente anche all’istituto del divorzio, in quanto esso: “segue normalmente la separazione personale ed è frutto di scelte definitive che ineriscono alla dimensione della libertà della persona ed implicano per ciò stesso l’accettazione da parte di ciascuno degli ex coniugi - irrilevante, sul piano giuridico, se consapevole o no - delle relative conseguenze anche economiche. Questo principio, inoltre, appartiene al contesto giuridico europeo, essendo presente da tempo in molte legislazioni dei paesi dell’Unione, ove è declinato talora in termini rigorosi e radicali che prevedono, come regola generale, la piena autoreponsabilità economica degli ex coniugi, salve limitate - anche nel tempo - eccezioni di ausilio economico, in presenza di specifiche e dimostrate ragioni di solidarietà”.

In conclusione, la Corte di Cassazione, sez. I, con

la sentenza n. 11504 del 10/05/2017, ritiene che debbano essere pronunciati i seguenti principi di diritto: “Il giudice del divorzio, richiesto dell’assegno di cui alla legge n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, come sostituito dalla legge n. 74 del 1987, art. 10, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi e dell’ordine progressivo tra le stesse stabilito da tale norma: deve verificare, nella fase dell’*an debeatur* - informata al principio dell’“autoreponsabilità economica” di ciascuno degli ex coniugi quali “persone singole”, ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall’accertamento volto al riconoscimento, o no, del diritto all’assegno di divorzio fatto valere dall’ex coniuge richiedente -, se la domanda di quest’ultimo soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di “mezzi adeguati” o, comunque, impossibilità “di procurarseli per ragioni oggettive”), con esclusivo riferimento all’“indipendenza o autosufficienza economica” dello stesso, desunta dai principali “indici” - salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* “imposti” e del costo della vita nel luogo di residenza dell’ex coniuge richiedente), delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all’età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all’eccezione ed alla prova contraria dell’altro ex coniuge; deve “tener conto”, nella fase del *quantum debeatur* - informata al principio della “solidarietà economica” dell’ex coniuge obbligato alla prestazione dell’assegno nei confronti dell’altro in quanto “persona” economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), il cui oggetto è costituito esclusivamente dalla determinazione dell’assegno, ed alla quale può accedersi soltanto all’esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto -, di tutti gli elementi indicati dalla norma (“(...) condizioni dei coniugi, (...) ragioni della decisione, (...) contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, (...) reddito di entrambi (...)”), e “valutare” “tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio”, al fine di determinare in concreto la misura dell’assegno di divorzio; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell’onere della prova (art. 2697 cod. civ.)”.

Emiliana Matrone

### La collocazione delle figlie minori presso il padre da oggi è una realtà. Così ha deciso il Tribunale di Nocera Inferiore

Dal Tribunale di Nocera Inferiore è stato definitivamente sdoganato, con una scelta innovativa e coraggiosa, oltre che di grande civiltà socio-giuridica, il vecchio schema che, in caso di separazione personale dei coniugi con prole, vedeva l’indicazione della madre come “collocataria principale e privilegiata” dei figli minori.

Il punto di svolta è stato segnato dall’ordinanza del 05.05.2015, pubblicata il 28.05.2015, con la quale il Tribunale di Nocera Inferiore, nella persona dei magistrati: dott. Gustavo Danise, presidente, dott.ssa Enza Faracchio, giudice, e dott.ssa Raffaella Capiello, giudice relatore, nel procedimento ex art. 710 c.p.c., iscritto al n. rg 452/2014, modificava le condizioni della separazione consensuale omologata con decreto del 15.12.2012, nel senso di prevedere la collocazione delle figlie minori presso il padre; disponendo, conseguentemente, l’assegnazione della casa coniugale al marito e fissando un contributo per il mantenimento delle figlie a carico della moglie.

Tale “rivoluzionario” provvedimento, al fine di meglio garantire il superiore interesse della prole, stravolgeva - mirabilmente - i patti assunti dai coniugi ed omologati in sede di separazione consensuale, solcando così la scia per il superamento dell’orientamento che in passato veniva apaticamente seguito per la scelta del genitore, dapprima, affidatario e, poi, collocatario della prole.

Nel caso concreto, l’ex moglie, con ricorso del 27.03.2014, sollecitava la modifica delle condizioni di separazione consensuale, chiedendo, in ragione di un sopravvenuto deterioramento dei rapporti con l’ex coniuge, di procedere ad una puntuale regolamentazione del diritto di visita dello stesso nonché, per quanto concerneva la statuizione di carattere squisitamente economico, di rideterminare l’assegno di mantenimento, aumentandolo ad euro 1.000,00, in considerazione delle peggiorate condizioni economiche e di disporre, contestualmente, che l’ex coniuge le consentisse l’utilizzo della autovettura di sua proprietà, onde poter accompagnare le minori a scuola di danza.

Si costituiva il marito, richiedendo il rigetto della domanda avanzata dalla ricorrente nonché, in riconvenzionale, la collocazione presso di sé delle figlie minori.

Il tribunale investito della decisione, dopo aver

evidenziato, in via preliminare, che la disciplina di cui all’art. 710 c.p.c. fosse applicabile anche ai verbali di separazione consensuali omologati dal tribunale (Trib. Ravenna 22.11.1989) e che l’affidamento condiviso rappresentasse la regola che tendenzialmente dovesse essere garantita, passava a valutare presso quale dei due coniugi era più opportuno collocare le minori.

Orbene, il tribunale ricorreva opportunamente all’audizione delle minori con il supporto di un CTU ed, a tal uopo, nominava un proprio ausiliario all’ascolto.

Dalle dichiarazioni rese dalle minori in sede di ascolto, emergeva come le stesse preferissero la collocazione presso la residenza paterna, pur dichiarando di avere un sereno rapporto con la madre e di voler mantenere con la stessa un rapporto costante.

I giudici decidevano di condividere le osservazioni del consulente psicologico nominato quale ausiliario dall’ascolto delle minori, perché questi, a parere del collegio giudicante, aveva ben delineato il complessivo atteggiamento delle minori rispetto alle figure genitoriali e l’incidenza che lo stato di separazione aveva avuto rispetto al rapporto con le stesse, ricorrendo ad una metodologia, essenzialmente incentrata sull’osservazione del minore nella fase del colloquio, attraverso l’ausilio anche di strumenti tecnici, quale il gioco degli animali, in grado di garantire risultati esaurienti ed attendibili.

Il CTU, infatti, aveva messo in evidenza che le minori avevano congrua età per esprimere i propri bisogni e che le stesse avevano espresso chiaramente di voler vivere con il padre.

Dall’elaborato peritale, risultava che “le minori vivevano una fase di idealizzazione della figura paterna”, mentre percepivano “la madre più raccolta all’esterno, più attenta al suo essere donna che all’essere madre”.

Peraltro, tali osservazioni avevano trovato pieno riscontro nei colloqui intervenuti in udienza con le minori, onde era emerso che l’una bambina associava la madre ad “un animale che cambia spesso umore” e l’altra riferiva che la madre “mangiava da sola mentre noi rimanevamo in cameretta. Lei in cucina parlava al telefono. Mi ricordo che mamma quando stavamo a volte dopo cena sul divano e parlavamo fra noi, se riceveva una telefonata andava via in cucina a parlare al telefono”.

Il collegio argomentava nel senso che “La mancanza di spirito collaborativo tra i genitori e la difficoltà di comunicazione tra gli stessi o ancora la presenza del conflitto in sé non impedisce pertanto di adottare la soluzione dell’affidamento condiviso”.

Tuttavia, ferma restando la necessità dell'affido condiviso e della costruzione e mantenimento di un rapporto stabile ed equilibrato delle minori con entrambe le figure genitoriali, il giudice relatore dell'ordinanza in commento, dott.ssa Raffaella Capiello, con atteggiamento coraggioso e di rara sensibilità, soggiungeva che non sussistevano motivi per discostarsi dalla volontà delle minori, anzi che una scelta contraria potesse essere controproducente per il rapporto tra le minori e la madre, sicché, in modificazione del decreto di separazione consensuale e contrapponendosi fermamente a tutte le richieste formulate dalla stessa parte ricorrente, concludeva per la collocazione delle figlie minori presso il padre; disciplinava puntualmente il diritto di visita della madre; disponeva l'assegnazione della casa coniugale, con tutti i mobili che l'arredavano, al marito perché l'abitasse insieme alle figlie; poneva a carico della moglie un assegno di euro 200,00 a titolo di mantenimento per le figlie nonché il 50% delle spese straordinarie.

La decisione esposta, con indiscussa sapienza giuridica, dal giudice relatore, dott.ssa Raffaella Capiello, ravvisando nel padre il collocatario migliore per le figlie minori, appariva ancor più innovativa, coraggiosa e "rivoluzionaria" per il fatto che una delle figlie si trovava in età adolescenziale.

Tale provvedimento, in effetti, riconoscendo nel padre anche la figura di guida psicologica e sostegno morale nell'età critica adolescenziale di una delle figlie, chiamata a gestire i primi innamoramenti, i suoi mutamenti fisici e corporei e l'avvicinamento all'età più adulta, sovvertiva la tradizionale concezione secondo la quale nei problemi di una figlia adolescente solo la madre poteva essere deputata a sorreggere la figlia in questo difficile progredire.

Eleonora Stefanelli

### Sulla corretta qualificazione giuridica della residenza ai fini della cittadinanza italiana

Nota a Cassazione Civile, n. 12380 del 17 maggio 2017

#### I. Una disamina della questione

La vicenda prende avvio da una richiesta di riconoscimento della cittadinanza italiana (ex art. 4 legge n. 91/1992) avanzata da una ragazza nata da genitori immigrati in Italia ed ivi residente in modo continuativo; ovvero, dal momento della nascita fino al compimento della maggiore età.

L'istanza veniva rigettata dal giudice di primo grado e, successivamente, anche dalla Corte d'Appello, sulla base di motivazioni specifiche, da doversi analizzare sotto un duplice ordine di considerazioni.

Per un verso, partendo dalla disamina del fatto storico, il giudice di merito metteva in evidenza tutta la documentazione allegata all'istanza, in quanto finalizzata a dimostrare la continuativa residenza della giovane in territorio italiano, ai fini dell'acquisto della cittadinanza. E, a detta dei giudici di secondo grado, dalle risultanze probatorie emergeva chiaramente un divario temporale (di quattro anni) tra il documento certificante l'atto di nascita e l'iscrizione all'anagrafe. Elemento, quest'ultimo, sul quale non era in grado di incidere, ai fini di una soluzione positiva, neppure la certificazione relativa alle vaccinazioni svolte dall'istante presso i presidi sanitari italiani, a partire dal momento della nascita.

In seconda battuta, la Corte d'Appello analizzava la *quaestio* da una angolazione squisitamente giuridica. Difatti, nel sottolineare che il soggiorno degli stranieri fosse soggetto istituzionalmente a controlli pubblici, rilevava che la medesima attività di vigilanza non poteva non essere stata eseguita anche con riferimento al caso di specie; di qui, la conclusione secondo cui l'indicazione nell'atto di nascita della residenza straniera doveva intendersi quale "atto consapevole e partecipato"<sup>1</sup>.

Dunque, il giudice di seconde cure, nel condividere appieno l'iter logico-argomentativo sostenuto in primo grado, finiva con il rigettare la richiesta di riconoscimento della cittadinanza italiana della ragazza, intendendo attribuire alla dichiarazione paterna di residenza all'estero della figlia valore prevalente.

Avverso tale decisione, la cittadina straniera proponeva ricorso per cassazione, deducendo la violazione dell'art. 4 della legge n. 91/1992, per non avere il giudice di secondo grado provveduto ad accertare la effettiva residenza della ricorrente dal momento della nascita, sulla scorta dei criteri e/o parametri indicati dalla disciplina codicistica nonché dalla giurisprudenza.

II. Sull'acquisto della cittadinanza italiana: la risposta fornita dai giudici di legittimità circa una corretta qualificazione giuridica della "residenza" in caso di tardiva iscrizione all'anagrafe. Prima di tutto, occorre partire dall'esame della normativa e, dunque, dalla legge n. 91/1992, recante "Nuove norme in materia di cittadinanza"

In particolare, con riguardo al caso in esame rileva la disposizione normativa di cui all'art. 4, la quale, al secondo comma, recita testualmente: "Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto



legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data".

Gli ermellini, prendendo in esame la suindicata previsione, pongono l'accento sull'avverbio "legalmente" nonché sull'inciso "senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età". Aspetti, questi ultimi, fondamentali in quanto permettono di comprendere che la residenza in Italia va intesa quale requisito non già meramente formale bensì fondato sul criterio dell'effettività. Dunque, ove la residenza venga provata andrà ritenuta come prevalente rispetto a quella desumibile dall'anagrafe. Altresì, a sostegno delle proprie motivazioni, la Cassazione Civile pone tutta un'ulteriore serie di argomentazioni, attingendo anche da atti interni alle amministrazioni, in quanto espressivi del potere di autorganizzazione degli enti pubblici. Il riferimento è alla circolare esplicativa n. 22 del 2007, dettata dal Ministero dell'Interno, cui i giudici di legittimità rinviano con un preciso intento: quello di sottolineare che la tardiva iscrizione all'anagrafe non può fungere da ostacolo per l'accertamento della residenza effettiva. Questa difatti precisa che "l'eventuale iscrizione anagrafica tardiva del minore non può pregiudicare l'acquisto della cittadinanza italiana qualora vi sia in concreto la residenza effettiva".

Volgendo lo sguardo alle fonti normative, vi è poi da considerare, sempre a detta del S.C., l'art. 33 del d.l. n. 69/2013, il quale, nell'ottica di una semplificazione dell'iter previsto per l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero nato in Italia, stabilisce che "all'interessato non debbano imputarsi eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della P.A., potendo dimostrare il possesso dei requisiti con ogni altra idonea documentazione.

Se ne deduce, quindi, che il ritardo nella regola-

rizzazione della residenza imputabile ai genitori, ben possa essere superato dall'interessata mediante la produzione di documenti atti a dimostrare la stabile ed effettiva residenza in Italia nel periodo compreso dalla nascita fino al compimento della maggiore età.

E, nel caso in oggetto, come abilmente sottolineano i giudici di legittimità, la ricorrente già nei precedenti giudizi ha provveduto a fornire documentazione idonea in tal senso. Documentazione di cui il giudice di merito non ha tenuto conto ai fini di una risoluzione positiva della questione, avendo, al contrario, attribuito rilievo assorbente alla sola dichiarazione (di residenza estera) resa dai genitori all'atto di nascita della figlia.

Pertanto, la Cassazione accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione, sull'assunto che la prova della residenza effettiva della ricorrente in Italia ben può dirsi raggiunta alla luce della documentazione dalla stessa presentata, peraltro proveniente da autorità pubbliche.

Ciò in ragione del fatto che si tratta di documentazione atta a certificare, seppur indirettamente, la permanenza continuativa in Italia della richiedente la cittadinanza<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> I giudici d'appello smentivano la residenza in Italia della cittadina straniera, sulla scorta di quanto dichiarato dal padre nell'atto di nascita. Tanto più, ad essi non risultava comprensibile il fatto che i genitori della minore avessero sottoscritto la residenza all'estero nonostante tale condizione non corrispondesse al vero. E, di qui si erano posti ulteriori interrogativi, ovvero: perché non si era provveduto ad una tempestiva iscrizione o ad una opposizione avverso la certificazione tardiva.

<sup>2</sup> Nello specifico, si tratta di: certificazione delle vaccinazioni eseguite quando la minore ancora non era inclusa nel permesso di soggiorno della madre e successive; libretti di lavoro paterno attestanti una continuativa permanenza in Italia per ragioni lavorative ben oltre la data di attestazione della residenza anagrafica; percezione di assegni familiari da parte del padre dalla nascita della figlia attestanti l'inclusione della minore all'interno del nucleo familiare, oltre la formalizzazione della residenza.

## Dottrina

Eliana Libroia

### Copia e ricostruzione personale: la sottile linea di confine che consente di superare l'esame di avvocato con un aiuto esterno

Il Tribunale di Nocera Inferiore ha pronunciato in data 27 febbraio 2017 una sentenza che farà storcere a non pochi il naso.

In tale sede, infatti, il giudice ha affermato il principio di diritto secondo cui: "Non costituisce plagio letterario la condotta del candidato all'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense che presenti un elaborato il quale - pur contenendo parti scritte da altri autori - fornisca una ricostruzione personale del tema proposto". La pronuncia in commento sicuramente richiamerà alla memoria di molti un'ironica citazione di Luciano De Crescenzo che, nel libro del 2005 intitolato *I pensieri di Bellavista*, scriveva: "Copiare da un altro autore è un reato che si chiama 'plagio'. Copiare da più autori, invece, è una opera meritevole che si chiama ricerca".

Per quanto non possa definirsi un'opera meritevole di ricerca la condotta del praticante avvocato imputato nel procedimento dinanzi al Tribunale di Nocera Inferiore, l'incerto discrimine tra copia e ricostruzione personale ha consentito comunque a quest'ultimo di evitare la comminazione della pena reclusiva per il reato previsto e punito dall'art. 1<sup>1</sup> della legge 19 aprile 1925, n. 475<sup>2</sup>.

Nel dettaglio, l'imputato, durante lo svolgimento delle prove scritte dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense dell'anno 2015, consegnava un parere motivato in materia di diritto civile che presentava diverse parti frutto di una mera attività di copiatura dai siti internet [www.wikipedia.it](http://www.wikipedia.it) e [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it).

Quantunque il p.m. avesse formulato una richiesta di emissione di decreto penale di condanna, il Tribunale di Nocera Inferiore ha pronunciato sentenza di assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto, ex art. 129 c.p.p., non essendo ravvisabili i contorni della fattispecie di cui all'art. 1<sup>3</sup> della legge 19 aprile 1925, n. 475.

La motivazione depositata dall'Ufficio indagini preliminari del nostro Foro è stata fondata sulla presenza nel parere consegnato dall'imputato di un contributo scientifico autonomamente apprezzabile e dal quale emergeva un autonomo sforzo espositivo, avendo il candidato approfondito la *quaestio iuris* sottesa mediante un proprio ragionamento ed offrendo una ricostruzione personale del tema proposto.

Quindi, quantunque l'imputato abbia impiegato e ripetuto nell'elaborato consegnato ai commissari citazioni pedissequae di massime giurisprudenziali - d'altra parte queste ultime comodamente ricavabili dai codici commentati, il cui utilizzo è ancora oggi permesso - per l'Ufficio delle indagini preliminari di Nocera Inferiore la citata copiatura non sembra essere consona a negare la paternità del parere in materia civile.

Secondo il giudice, nel momento in cui ci si sofferma su tutto quanto scritto dal candidato all'interno del parere, è innegabilmente palese un suo indipendente sforzo contributivo, esplicitante nel proporre elementi personali di ragionamento, nonché uno specifico punto di vista che ha permesso di realizzare un elaborato originale.

Che la decisione pronunciata dal nostro Foro sia considerata giusta o meno è una mera questione personale di ogni singolo soggetto.

Fatto sta che lo *iudex* nocerino non ha dichiarato nulla di nuovo, giacché si è adeguato al dettato espresso dalla Terza Sezione della Cassazione penale del 12 maggio 2011, n. 18826 e dalla Sesta Sezione della Suprema Corte il 21 giugno 2010, n. 32368, secondo cui unicamente la totale mancanza di originalità denota l'integrazione del *crimen* di cui all'art. 1 della legge 19 aprile 1925, n. 475.

Ne discende, allora, che unicamente nell'ipotesi in cui lo scritto ricomprenda ridotti elementi di novità, senza tuttavia rinvenire nessun apporto personale quale conseguenza di un riadattamento, possa sussistere la fattispecie di reato ex art. 1 della legge 19 aprile 1925, n. 475.

Dunque, l'autorità giudiziaria ha considerato tanto l'elaborazione effetto di un'attività creativa personale quanto i rimandi esterni collegati al resto della dissertazione da passaggi narrativi originali come elementi idonei a fondare una pronuncia di assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 129 c.p.p. perché il fatto non sussiste. Ciò che, tuttavia, sorprende è che l'accusa non si sia affatto soffermata sulle modalità con cui è avvenuta la copia ad opera dell'imputato.

Infatti, il presidente della commissione di esame, prima dell'inizio delle prove, invita tutti i candidati alla consegna obbligatoria di qualsiasi strumento di comunicazione con l'esterno, rendendo note le conseguenze della trasgressione di tale regola. Quindi, partendo dal presupposto che il candidato non fosse in possesso di doti mnemoniche di una sovrumana eccezionalità che gli consentissero di riprodurre parole corrispondenti con quelle delle fonti pubblicate in rete, ci si chiede come sia stato possibile per l'interessato ricorrere a queste ultime durante la dissertazione.

Di questo aspetto la pubblica accusa si è completamente disinteressata, quantunque, forse, se si

fosse posta l'interrogativo su come sia stato possibile per l'imputato compiere il rimando a fonti pubblicate su siti internet, la vicenda avrebbe avuto un risvolto completamente diverso.

- .....
- 1 Copia e ricostruzione personale: la sottile linea di confine che consente di superare l'esame di avvocato con un aiuto "esterno". In tale disposizione normativa si legge che: "Chiunque in esami o concorsi, prescritti o richiesti da autorità o pubbliche amministrazioni per il conferimento di lauree o di ogni altro grado o titolo scolastico o accademico, per l'abilitazione all'insegnamento ed all'esercizio di una professione, per il rilascio di diplomi o patenti, presenta, come propri, dissertazioni, studi, pubblicazioni, progetti tecnici e, in genere, lavori che siano opera di altri, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno. La pena della reclusione non può essere inferiore a sei mesi qualora l'intento sia conseguito".
  - 2 La legge 19 aprile 1925, n. 475, recante "Repressione della falsa attribuzione di lavori altrui da parte di aspiranti al conferimento di lauree, diplomi, uffici, titoli e dignità pubbliche", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 29 aprile 1925, n. 99.
  - 3 Nella sentenza pronunciata dall'ufficio indagini preliminari Nocera Inferiore, 27 febbraio 2017, si legge che: "La norma incriminatrice, come è noto, ha la finalità di tutelare l'interesse alla genuinità di un elaborato che deve essere esaminato dai componenti di una commissione incaricata della valutazione (Cass. Pen., sez. III, 1 marzo 1979, n. 2139) assicurando che l'aspirante ad un titolo o ad un impiego sia realmente in possesso dei requisiti richiesti per conseguirlo e che il giudizio dell'autorità che procede alla relativa valutazione non sia fuorviato dall'accreditare come proprio il lavoro altrui (Cass. Pen., sez. III, 6 novembre 1984, n. 9673); viene pertanto tutelata quella che è stata definita la "pubblica fede personale" (Cass. Pen., sez. V, 4 settembre 1989, n. 626)".

Angelo Mondelli e Carmela Gorga

### Legittima difesa, quali prospettive? Analisi della riforma in corso nel Parlamento Italiano

Nelle precedenti edizioni della rivista è stato trattato l'argomento relativo alla legittima difesa, scriminante prevista dall'art. 52 del Codice Penale, intesa quale una sorta di "diritto alla autotutela" che l'ordinamento giuridico riconosce ad un cittadino nel caso in cui si ritrovi in una improvvisa situazione di pericolo imminente da cui è necessario difendersi e non sia possibile rivolgersi all'autorità pubblica per ragioni di tempo e di luogo<sup>1</sup>.

Un argomento che, mai come in questo periodo storico è di grande attualità, tenendo conto della sempre più pregnante esigenza da parte dei cittadini di difendersi nel caso di aggressione da parte di estranei, in particolare modo in casa propria. Nel corso dell'iter che ha visto alla Camera dei Deputati del Parlamento Italiano, delle modifiche all'articolo, nella sua forma originaria. Tale processo di riforma ha nell'intenzione di garantire una maggiore tutela nei confronti di chi esercita il diritto di autodifesa, specificando che "si considera legittima difesa la reazione ad una aggressione in casa, in negozio o in ufficio com-

messa di notte o all'introduzione con violenza, minaccia o inganno", e sull'art. 59, che riguarda la disciplina dell'errore, stabilendo che "la colpa di chi reagisce per autodifesa deve essere sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione".

Al fine di evitare l'eventuale consumazione di veri e propri omicidi dolosi, in ambito familiare, magari premeditati e mascherati da legittima difesa, il provvedimento prevede che debba esservi, in ogni caso, la "valutazione del caso concreto" da parte del giudice.

Inoltre, per chi viene prosciolto o archiviato nei casi di legittima difesa viene riconosciuto il diritto al rimborso delle spese legali sostenute.

Un primo passo alla "maggior tutela" della privata dimora, può essere visto dalle modifiche che vennero introdotte all'art. 614 del codice penale, infatti, la legge n. 59/ 2006 ha aggiunto all'art. 52 dello stesso codice un secondo e un terzo comma, introducendo la cosiddetta "legittima difesa domiciliare" o anche "legittima difesa allargata", stabilendo il diritto all'autotutela non solo in un negozio o in un ufficio, ma anche in un domicilio privato.

Al fine di raggiungere lo scopo prefissato è autorizzato l'uso di un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo per difendere la propria o altrui incolumità o i beni propri o altrui.

In questo caso, le condizioni sono che il reo non abbia desistito dall'azione illecita e che sussista il pericolo di aggressione, in presenza di queste condizioni, è stata introdotta una sorta di presunzione legale del requisito di proporzionalità tra difesa e offesa.

La valutazione dell'accaduto è rimessa così al giudice, che terrà conto di una serie di circostanze oggettive, come l'esistenza di un pericolo attuale o di una offesa ingiusta, i mezzi di reazione a disposizione dell'agredito e il modo in cui ne ha fatto uso, il bilanciamento tra l'importanza del bene minacciato dall'aggressore e del bene leso da chi reagisce<sup>2</sup>.

Partendo dal presupposto che il secondo comma dell'art. 52 del codice penale dà già una importante, significativa e pregnante risposta all'esigenza di tutelare chi si trova nella propria abitazione o attività commerciale, l'obiettivo della proposta di legge è quello di fornire a questo soggetto ulteriori garanzie.

A tale scopo, dopo il citato primo comma dell'art. 52 se ne inserisce un altro che specifica come si debbano considerare legittima difesa la reazione ad una aggressione compiuta in tempo di notte ovvero la reazione in seguito all'introduzione nei luoghi descritti dall'art. 614 sempre del codice

penale usando violenza alle persone o alle cose o con la minaccia o l'inganno.

Restano ovviamente fermi i criteri fissati al primo comma, a cominciare dall'attualità del pericolo e dal rispetto della proporzione tra difesa e offesa. Insieme a questo, una modifica molto importante è quella che riguarda l'art. 59 del codice penale sulle "Circostanze non conosciute o erroneamente supposte", le cosiddette "circostanze putative". Viene infatti introdotto un comma in base al quale nella legittima difesa domiciliare è sempre esclusa la colpa della persona legittimamente presente nel domicilio che usa contro l'aggressore un'arma legittimamente in suo possesso, se l'errore si verifica in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o sessuale, se l'errore è conseguenza di un grave turbamento psichico e se questo turbamento è causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione, se, insomma, in condizioni di forte stress emotivo si percepisce una situazione "putativa" che rientrerebbe in tal caso in quanto previsto dal secondo comma dell'art. 52 del codice penale, non vi può essere spazio per la responsabilità per eccesso di legittima difesa<sup>3</sup>.

Un punto fondamentale riguarda la valutazione del caso concreto che spetta sempre e comunque al giudice, escludendo ogni tipo di automatismo e considerando l'iscrizione nel registro degli indagati non solo un atto dovuto, ma una garanzia per l'indagato.

A tal proposito è stato previsto un emendamento volto ad ottenere la possibilità di perseguire il risarcimento delle spese legali per chiunque venga prosciolto o archiviato nei casi di legittima difesa. Tutto questo perché nel complesso lo spirito del provvedimento è racchiuso nell'esigenza di garantire una legittima difesa anche putativa, tenendo insieme da una parte il diritto dei cittadini alla propria tutela quando lo Stato non può intervenire tempestivamente e dall'altra l'obbligo di non concedere a chiunque una sorta di licenza di uccidere un essere umano perché ha commesso o ha tentato di commettere una violazione di domicilio, fuggendo quando avverte la presenza del proprietario.

In questi casi sarà consentita la difesa, ma nei rigorosi limiti della proporzione, presunta solo in presenza dei requisiti stabiliti dal secondo comma dell'art. 52 del codice penale.

Il provvedimento di riforma nella sua veste originaria ha suscitato svariate polemiche, in particolare modo in relazione all'utilizzo del termine "ovvero" contenuto nella norma e sul riferimento alla "notte". A tal proposito, parte dell'opposizione presente in Parlamento ha dichiarato di essere pronta ad una raccolta firme per un referendum

abrogativo. Il relatore della proposta di legge nel corso di una trasmissione televisiva ha precisato che il termine "ovvero" deve essere ritenuto quale inclusivo delle altre circostanze che fanno riferimento a tutta l'intera giornata e non solo alla notte<sup>4</sup>. A tal proposito, al fine di evitare inutili tecnicismi giuridici o interpretazioni della futura norma *de quo*, occorrerebbe meglio specificare il fatto che la tutela debba essere prevista nell'arco dell'intera giornata, evitando così ulteriori modifiche future attraverso una previsione chiara e lineare.

<sup>1</sup> *Compendio Diritto penale 2017*, edizione Simone, XXI edizione a cura di Rocco Pezzaro.

<sup>2</sup> La Camera dei deputati ha approvato, il 4 maggio 2017, la seguente proposta di legge d'iniziativa del deputato Ermini: Modifiche agli articoli 52 e 59 del codice penale in materia di legittima difesa. Proposta di legge C 3785 A/R approvata dalla Camera e ora al Senato per il sì definitivo.

<sup>3</sup> Cass., sez. I, 17.11.1995, n. 11264.

<sup>4</sup> Altalex 4 maggio 2017.

Gaetano Riccio

### La legge Gelli-Bianco: una nuova responsabilità penale per il sanitario?

Nel suo capolavoro *Il Principe* l'illustre autore Niccolò Machiavelli osservava che: "Nessuna cosa fa tanto stimare uno principe, quanto fanno le grandi imprese e dare di sé rari esempi".

Non è questo il caso della recente legge 8 marzo 2017, n. 24, rubricata "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", conosciuta dagli esperti e non del settore con il nome di riforma Gelli-Bianco, che presta il fianco a molteplici critiche negative.

Procedendo con ordine, la novella di cui si discute ha avuto ad oggetto sia una modifica dei profili disfunzionali che nel tempo hanno inciso negativamente sulla natura fiduciaria del rapporto che vede quali protagonisti il medico ed il paziente, abbassando il tasso qualitativo e di affidabilità delle cure prestate, sia gli obblighi risarcitori discendenti dalla promozione di azioni giudiziarie basate su fattispecie di *medical malpractice*.

In merito, la legge in commento ha il precipuo obiettivo di garantire la sicurezza delle cure mediche. Pertanto, alla luce di queste *guidelines* essa si ripromette di accrescere l'alveo di garanzie e di tutele per coloro che svolgono la professione sanitaria, nonché di garantire all'infermo il conseguimento, entro un ragionevole intervallo temporale, di un risarcimento dei danni sanitari patiti per la prestazione medica ricevuta.

Relativamente al primo aspetto, la legge 8 marzo 2017, n. 24 circo-scrive la temibile fattispecie della cosiddetta medicina difensiva.

Nel dettaglio, essa riduce i rischi di una implicazione diretta dei medici in un eventuale procedimento penale innanzi ad un'autorità giudiziaria in seguito ad un'azione esperita dal paziente.

Perciò, è palese che i sanitari, allorché agiscono nelle modalità sopradescritte, non rispondano effettivamente ai bisogni di cura manifestati dall'ammalato.

Nella materia *de qua* vige altresì la cosiddetta medicina difensiva negativa, traducibile nel rifiuto da parte di un sanitario di prestare assistenza verso quei malati che, in ragione della patologia di cui soffrono, sono qualificabili come a rischio, instradandoli verso altri colleghi o strutture.

*Au contraire*, la medicina difensiva positiva può essere raffigurata quale pratica volta alla prescrizione di accertamenti e trattamenti superflui attraverso i quali il sanitario prova di essere esageratamente scrupoloso. Ciononostante, dalla disamina delle 16 previsioni normative che sono espressione della legge 8 marzo 2017, n. 24 parrebbe, insensatamente, che essa abbia prodotto quale effetto un peggioramento dello scenario rispetto alla previgente legge Balduzzi e sia, di conseguenza, volta a non raggiungere le finalità che si era predeterminata. Infatti, si constata un innalzamento degli ambiti di discrezionalità giudiziaria e, viceversa, una diminuzione delle certezze degli operatori sanitari.

Nello specifico, la giurisprudenza avrà l'ingrato compito di circoscrivere adeguatamente i limiti fra perizia e altri profili di colpa e, pertanto, intendere se conservare il confine dell'imperizia oppure estendere in *bonam partem* la sfera di impunità agli altri aspetti di colpa concretamente coperti dalle linee guida.

Relativamente a queste ultime l'art. 5, comma 1, legge 8 marzo 2017, n. 24 sancisce che: "Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3<sup>1</sup> ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pra-

tiche clinico-assistenziali".

*Ut supra diximus*, nella materia di cui si discute un ruolo di primo piano sarà espletato dalla giurisprudenza e, in proposito, è possibile incentrare l'attenzione sulla recente decisione della Cassazione penale, sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187.

*In sedes materiae*, i giudici di piazza Cavour hanno evidenziato che la disposizione normativa di cui all'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24 abbia prodotto quale conseguenza l'introduzione nell'ordinamento giuridico dell'art. 590 *sexies* c.p., recante "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario".

Anche in questo caso, conformandoci al sopra citato pensiero machiavelliano, non può asserirsi che il legislatore italiano abbia dato dimostrazione del proprio meglio, giacché l'art. 590 *sexies* c.p. ha un testo oscuro e con molti punti critici.

Infatti, l'art. 590 *sexies*, comma 1, c.p. afferma il principio secondo cui devono essere impiegate le pene statuite ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. in caso di omicidio o lesioni personali colpose commesse nell'espletamento della professione sanitaria. Al riguardo, va notato che le pene sancite in ipotesi di responsabilità medico chirurgica sono le stesse già applicabili secondo la normativa precedente. Si arguisce *de plano*, allora, che l'art. 590 *sexies* c.p. non imponga alcuna tipologia di innovazione.

Ai sensi dell'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p. si dispone che, nell'ipotesi in cui l'evento si sia verificato a causa dell'imperizia, la condotta del sanitario non può essere sanzionata qualora siano state rispettate le raccomandazioni prescritte dalle *guidelines* oppure, in assenza di queste ultime, qualora siano state seguite le buone pratiche clinico-assistenziali, a condizione che le raccomandazioni previste dalle linee guida siano corrispondenti alle peculiarità del caso concreto.

Tale norma, anche per effetto della contestuale abrogazione dell'art. 3, comma 1, D.L. 13 settembre 2012, n. 158<sup>2</sup>, genera una ridefinizione dell'attuale ambito di estensione della responsabilità penale del medico.

Ad ogni modo, il concreto impiego di tale norma incorre in un reale ostacolo, esplicitandosi nei criteri occorrenti ai fini dell'esclusione della responsabilità penale del sanitario, non essendo presumibile davvero una situazione in cui possa avanzarsi un rimando per imperizia ed in cui contemporaneamente possano considerarsi rispettate *guidelines* conformi alle particolarità del caso concreto. Ne deriva, quindi, che l'art. 590 *sexies* c.p. difficilmente possa essere utilizzato, tranne che nelle ipotesi in cui la colpa già poteva essere esclusa in applicazione dei principi generali imposti ex art.

43 c.p. Poi, per quanto concerne lo *ius intertemporale*, l'art. 590 *sexies* c.p. ha un contenuto maggiormente sfavorevole rispetto all'art. 3 D.L. 13 settembre 2012, n. 158.

Pertanto, l'art. 590 *sexies* c.p. troverà applicazione solamente per i fatti commessi in seguito all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, ovvero sia a partire dagli eventi verificatisi dal 1° aprile 2017. Dunque, l'art. 590 *sexies* c.p. pare non ammettere una colpa per imperizia nel momento in cui il *modus agendi* del sanitario abbia rispettato le linee guida concernenti regole di perizia, conformate alla particolarità del caso concreto.

Nondimeno, va da sé che è esclusa pure la colpa per negligenza o imprudenza in caso di rispetto di linee guida concernenti principi di diligenza o prudenza, regolamentati ex art. 5 della legge Gelli-Bianco. Traendo le fila del discorso emerge che la legge 8 marzo 2017, n. 24 propone un nuovo inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di esecuzione dell'attività sanitaria e di accertamento della colpa, e include puntuali indicazioni all'autorità giudiziaria in merito all'esercizio del giudizio di responsabilità.

Applicando tali coordinate di logica giuridica la Quarta Sezione della Suprema Corte con il provvedimento giurisdizionale sopra citato ha dichiarato che l'art. 590 *sexies* c.p. è applicabile unicamente allorché sia stata elevata o possa essere elevata imputazione di colpa per imperizia.

.....

1 Nella norma *de qua* si sancisce che: "Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'art. 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Istituto superiore di sanità pubblica, nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni".

2 Il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 settembre 2012, n. 214.

Giuseppina Romano

### La riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 154 del 4 luglio 2017 è stata pubblicata la legge 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di

procedura penale e all'ordinamento penitenziario". Si tratta, senza ombra di dubbio, della più ampia riforma degli ultimi 10 anni, destinata a riformare in maniera trasversale, sia il codice di diritto sostanziale che quello di diritto processuale. La legge in parola si compone di un unico articolo suddiviso in 95 commi. Ai sensi dell'ultimo comma, alcune delle novità entreranno in vigore fin da subito (il 30° giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta, vale a dire dal 3 agosto 2017), altre invece saranno oggetto di specifiche deleghe che dovranno essere attuate dal Governo. Analizzando, in questa sede, i nuovi tratti del diritto sostanziale e rinviando al prossimo numero la rassegna delle importanti novità introdotte in ambito processuale, va evidenziata, innanzitutto, l'introduzione nell'art. 162 *ter* c.p., di una nuova causa estintiva del reato per condotte riparatorie, nonché l'inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per una serie di delitti. Più segnatamente, "Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo" e ancora al comma 2 "Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'art. 240, secondo comma n. 3. Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positive delle condotte riparatorie". L'ipotesi base di cui al comma 1 non lascia margini di discrezionalità al giudice rispetto al riconoscimento della causa estintiva. In tal senso milita inequivocabilmente l'utilizzo dell'indicativo "il giudice dichiara", specie se raffrontato con il successivo comma 2, nonché con altre cause estintive

dove il legislatore utilizza la locuzione "il giudice può..." (così, ad esempio, per la sospensione condizionale, l'oblazione speciale, il perdono giudiziale). In quest'ottica, l'inciso "sentite le parti e la persona offesa" dovrebbe essere inteso semplicemente come adempimento volto a verificare che l'imputato abbia effettivamente provveduto alle restituzioni; una volta accertata tale situazione, al giudice non rimarrebbe che dichiarare l'estinzione del reato. Viceversa, per le ipotesi in cui l'imputato, non avendo potuto adempiere entro il termine di cui al comma 1 per fatto a lui non addebitabile, chieda al giudice la fissazione di un termine ulteriore per provvedere al pagamento, il comma 2 prevede espressamente che il giudice ordini la sospensione del processo "se accoglie la richiesta". Laddove il giudice ritenga di concedere all'imputato un secondo termine, è prevista la sospensione del processo e parallelamente anche del decorso della prescrizione, onde evidentemente scoraggiare manovre dilatorie. Trattandosi di causa estintiva, essa travolge le pene principali, le pene accessorie, gli effetti penali della condanna e le misure di sicurezza, fatta eccezione per la confisca obbligatoria di cui al 240 comma 2 (tale eccezione, espressamente prevista dall'art. 162 *ter*, è dunque più ampia di quella che altrimenti deriverebbe dall'art. 240 comma 2 n. 2, il quale prevede la confisca "anche se non è stata pronunciata condanna" per le sole cose cd. intrinsecamente criminose). Del nuovo art. 162 *ter* occorrerà valutare i rapporti con altri istituti che assegnano rilievo alle condotte risarcitorie o riparatorie in senso favorevole al reo, come per esempio la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6), o altre ipotesi di cause estintive subordinate a restituzioni e risarcimento. L'attenuante troverà ancora applicazione per tutti i reati procedibili d'ufficio o rispetto a quali non sia ammessa remissione della querela. Lo stesso vale anche con riferimento alle altre ipotesi estintive, fermo restando che i loro rapporti con l'art. 163 *ter* saranno più nel dettaglio regolati dalla disciplina generale di cui all'art. 183 c.p. (che disciplina appunto il concorso di cause estintive). La nuova previsione potrà trovare applicazione - con le modalità previste della disciplina transitoria di cui all'art. 1 comma 2 della legge in commento - anche retroattivamente e interessare dunque i processi in corso alla data di entrata in vigore della riforma. Sul fronte del diritto intertemporale, il comma 2 dell'articolo unico prevede, infatti, che le disposizioni del nuovo art. 162 *ter* c.p. "si applicano anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge", precisando inoltre che in tali casi "il giudice dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il

termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado". La seconda importante novità introdotta dalla legge di riforma è l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per alcune fattispecie di reato intervenendo, da un lato, sulle cornici edittali e agendo, dall'altro, sulla disciplina del bilanciamento di determinate circostanze aggravanti. Di tal guisa è stato introdotto un aumento dei minimi edittali delle pene detentive e un aumento delle pene pecuniarie per i reati di furto in abitazione e scippo (art. 624 *bis* c.p. e 625 c.p.), rapina (art. 628 c.p.), nonché per il reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.), che sarà punito con la reclusione da 6 a 12 anni. Infine, di grande rilievo per l'enorme impatto destinato ad avere nella prassi processuale quotidiana, sono le modifiche apportate agli artt. 158-161 c.p., che contribuiscono a delineare - per i processi non ancora in corso - una nuova disciplina del calcolo dei termini prescrizionali, che per espressa previsione si applicherà solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge in commento. A riguardo, le novità più salienti riguardano innanzitutto la decorrenza dei termini di prescrizione che, per alcuni reati in danno di minori (maltrattamenti in famiglia, tratta di persone, sfruttamento sessuale, violenza sessuale) è fissata al compimento del diciottesimo anno di età della vittima, salvo che l'azione penale non sia stata esercitata in precedenza (nel qual caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato). È altresì introdotta una nuova ipotesi di sospensione, legata alla sentenza di condanna in primo grado: il termine di prescrizione resta sospeso fino al deposito della sentenza di appello, e comunque per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi; dopo la sentenza di condanna in appello, il termine resta sospeso fino alla pronuncia della sentenza definitiva e comunque per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi. In caso di assoluzione dell'imputato in secondo grado, ovvero di annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o di dichiarazione di nullità della decisione, con conseguente restituzione degli atti al giudice ai sensi dell'art. 604 c.p.p. i periodi di sospensione di un anno e sei mesi (per il giudizio d'appello) e di un anno e sei mesi (per il giudizio di Cassazione) vengano ricomputati ai fini del calcolo del termine di prescrizione. Si potrebbe allora parlare di una causa sopravvenuta di perdita dell'efficacia sospensiva dei periodi in questione. Siffatta previsione, trova la sua *ratio* nel sopravvenuto venire meno delle ragioni che giustificavano la sospensione, ossia, come evidenziato, la necessità di accordare alla giurisdizione tempi supplementari per verificare

la fondatezza della condanna pronunciata nel grado precedente. Ancorché la norma non chiarisca in modo esplicito se ad essere travolto sia soltanto il periodo sospensivo intercorso tra il giudizio d'appello e quello di Cassazione oppure anche quello precedente tra giudizio di primo grado e appello (sempre che vi sia stato), a favore di questa seconda soluzione depongono la formulazione testuale del terzo comma (che richiama "i periodi di sospensione di cui al secondo comma"), nonché la *ratio* dell'istituto (il già ricordato sopravvenuto venire meno delle ragioni che giustificavano la sospensione). Come risulta evidente, ai sensi del novellato art. 159 comma 2 le sentenze di condanna non definitive (anche se emesse in sede di rinvio) vengono elevate a causa di sospensione del decorso della prescrizione per il periodo intercorrente tra la scadenza del termine per il deposito delle motivazioni e la lettura del dispositivo della sentenza nel grado di giudizio successivo; fermo restando che tale periodo di sospensione può avere una durata massima di 18 mesi, oltre i quali la prescrizione ricomincia a decorrere, anche laddove il grado di giudizio successivo non sia ancora giunto a sentenza. Nessun effetto sospensivo è invece previsto a seguito di decreto penale di condanna. Dalla lettura congiunta dei novellati commi 2 e 3 dell'art. 159 c.p., in combinato con la disciplina dell'interruzione della prescrizione ex art. 160 c.p. (rimasta invariata, salva l'introduzione della nuova causa di interruzione dell'interrogatorio davanti alla PG su delega del PM) emergono prima *facie* i seguenti scenari. All'esito del giudizio di primo grado, in caso di condanna dell'imputato la prescrizione si interrompe e ricomincia a decorrere daccapo esattamente come accadeva prima della riforma; la novità sta nel fatto che, a partire dalla scadenza del termine per il deposito delle motivazioni inizia il periodo di sospensione di cui al novellato art. 159 comma 2, sospensione che si protrae fino alla lettura del dispositivo della sentenza d'appello (o comunque fino ad un massimo di 18 mesi). Nulla cambia, invece, in caso di proscioglimento dell'imputato: la prescrizione continua a decorrere nell'eventuale giudizio di appello, senza interruzione né sospensione. All'esito del giudizio d'appello la riforma dispiega i propri effetti nelle seguenti ipotesi: a) in caso di proscioglimento, o dichiarazione di nullità con rinvio al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 159 comma 3, viene meno *ex tunc* anche l'eventuale sospensione precedentemente maturata; b), la prescrizione ricomincia nuovamente a decorrere ex art. 160 c.p. ed il suo decorso resta poi sospeso a partire dalla scadenza del termine fissato per il deposito delle motivazioni d'appello fino al dispositivo della

sentenza di Cassazione (o finché siano trascorsi 18 mesi). Per quanto infine riguarda l'esito del giudizio di cassazione, va detto anzitutto che ad esso non sono ricollegati ulteriori periodi di sospensione. I rapporti tra le due nuove ipotesi di sospensione e le ipotesi vigenti di cui al comma 1 sono regolati dal nuovo comma 4 dell'art. 159 c.p., ai sensi del quale "Se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente". Tale "sospensione nella sospensione" consente così di superare il termine massimo di 18 mesi fissato dal comma 2. L'ultima disposizione della riforma relativa alla prescrizione è il comma 15 dell'articolo unico, che ne disciplina gli effetti di diritto intertemporale: "Le disposizioni di cui ai commi da 10 a 14 si applicano ai fatti commessi dopo la data di entrata in vigore della presente legge". Considerata la natura sostanziale che la Corte Costituzionale assegna alla prescrizione, tale disposizione risulta superflua per quanto riguarda le novità sfavorevoli all'imputato, già inapplicabili ai fatti pregressi in forza del principio di irretroattività in *malam partem*; mentre al contrario svolge la funzione di impedire che le novità favorevoli possano retroagire ai fatti pregressi, in deroga all'art. 2 comma 4 c.p. Si tratta di una previsione che desta alcune perplessità. Come è noto, per consolidata giurisprudenza costituzionale, il valore tutelato dal principio della *lex mitior* "può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo". Con la conseguenza che "lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole" (C. Cost. n. 393/2006, n. 6.3 del considerato in diritto; C. Cost. n. 72/2008, n. 12; C. Cost. n. 236/2011, nn. 10, 11). Sulla base di tale principio, la Consulta dichiarò incostituzionale la disciplina sugli effetti intertemporali della legge ex-Cirielli nella parte in cui escludeva dai nuovi e più brevi termini di prescrizione i processi pendenti in primo grado "per i quali vi fosse stata dichiarazione di apertura del dibattimento" (sent. 393/2006); mentre ha successivamente respinto analoghe censure rivolte alla medesima disciplina transitoria nella parte in cui escludeva i processi "per i quali il giudizio pendeva in grado d'appello" (sent. 72/2008 e 236/2011). Ebbene, alla luce di questi precedenti, la norma qui in esame desta perplessità nella misura in cui esclude in radice che gli effetti favorevoli della riforma Orlando possano applicarsi ai

fatti commessi prima della sua entrata in vigore, senza alcuna distinzione in base alla fase in cui si trova il relativo procedimento. Va detto, peraltro, che la rilevanza pratica di questo problema potrebbe essere abbastanza ridotta, se non addirittura nulla: salvo errore, infatti, l'unica modifica favorevole introdotta dalla riforma in esame è quella già segnalata di cui all'art. 161 c.p., nella parte in cui sottrae agli effetti della sospensione i concorrenti che non risultino imputati nello stesso procedimento.

Eleonora Stefanelli

### **Clauseole *claims made* ambito applicativo, confini interpretativi e limiti di operatività alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali**

#### **I. Brevi cenni introduttivi**

Quando si discorre di contratti, non può non tenersi conto delle clausole, quali accordi accessori che assolvono ad una precisa funzione: integrare, sotto il versante contenutistico, un dato regolamento contrattuale. Dunque, volendo essere maggiormente precisi, vanno a delineare in maniera dettagliata gli impegni assunti dai contraenti in riferimento ad un dato contratto, ponendosi così ad integrazione delle condizioni generali.

La normativa prevede una compiuta quanto organica disciplina in materia di clausole vessatorie, con riguardo ai contratti siglati tra professionista e consumatore/utente.

Sul punto va precisato che, in un primo momento, un ruolo centrale è stato attribuito agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., sistematicamente collocati nel Capo XIV *bis*, Titolo Quarto, dedicato alla regolamentazione dei contratti del consumatore.

Successivamente, anche sulla spinta delle fonti di derivazione comunitaria, tali disposizioni sono state interamente trasfuse nel Codice del Consumo, di cui al d.lgs. n. 206/2005, fatta eccezione per il solo art. 1469 *bis*, l'unico, ad oggi, rimasto in piedi nell'alveo della disciplina codicistica. Fondamentale, in proposito, risulta essere l'art. 33 del Codice, laddove non si limita a fornire una definizione delle clausole vessatorie bensì va ad inquadrare anche i meccanismi sanzionatori che devono trovare applicazione allorché ricorra un'alterazione dell'equilibrio contrattuale. In particolare, statuisce che nel contratto tra consumatore e professionista vanno considerate vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi deri-

vanti dal contratto<sup>1</sup>.

Pertanto, nell'ipotesi dei contratti siglati tra professionista e consumatore, la vessatorietà ha luogo allorché la clausola determini un aggravio a carico della parte cd. "debole" della contrattazione, qual è l'utente/fruttore/consumatore, con conseguente vantaggio per il solo professionista. Pensiamo, a titolo esemplificativo, alle clausole che impongono limitazioni in tema di libertà contrattuale o di responsabilità contrattuale del professionista; ancora, a quelle che riducono la facoltà di recedere dal contratto e via discorrendo<sup>2</sup>.

Non solo. La norma (art. 33), come sopra accennato, prevede la comminazione della sanzione della nullità in ordine alle clausole abusive.

In particolare, secondo opinioni ormai costanti, si tratta di una figura di nullità peculiare, propriamente definita nullità "di protezione". Ciò in ragione del fatto che si pone in un'ottima dialettica opposta rispetto alle "classiche" ipotesi di nullità prescritte dal legislatore civile. Risulta, difatti, connotata da specifici caratteri, quali: relatività e parziarietà.

Non a caso, se per un verso, opera a vantaggio del solo consumatore/utente, per altro, invece, non investe l'intero negozio giuridico, andando a colpire soltanto quella parte del contratto "malata", in quanto determinativa dello squilibrio tra prestazione e controprestazione.

Altresì, parlare di clausole contrattuali significa toccare una ulteriore materia. Quella delle assicurazioni. In proposito, le clausole sono proposte dalla compagnia assicurativa e devono essere sottoscritte dall'assicurato al momento della stipula del contratto. In particolare, come si evince chiaramente dalla lettura dell'art. 1917 c.c., il contratto di assicurazione si caratterizza per una duplice obbligazione: assunzione del rischio da parte dell'assicuratore/compania assicuratrice; pagamento del premio da parte dell'assicurato.

In più, deve aggiungersi che le clausole inserite in un contratto assicurativo possono assumere, a seconda del caso, diversa natura e catalogazione. Possono, difatti, avere una valenza generale ovvero assolvere ad una finalità aggiuntiva. Ma le clausole che destano maggiori problematiche, sotto il versante sia interpretativo che applicativo, sono quelle che vanno ad ancorare la liquidazione del sinistro alla sussistenza di determinati presupposti, andando in un certo senso a porre delle limitazioni ancor più stringenti.

E proprio su questa linea si collocano le clausole *claims made*, meglio note quali clausole "a richiesta fatta". Queste ultime, difatti, hanno destato non poche criticità, dettate soprattutto dal fatto che circoscrivono la operatività della copertura

assicurativa alla ricorrenza di date situazioni. Ovvero richiedono, ai fini della risarcibilità di un sinistro, che l'evento di danno sia stato denunciato alla compagnia assicuratrice nel periodo di vigenza del contratto, al di là della data in cui si è verificato l'evento e/o sinistro. Questo, tuttavia, per quanto riguarda le clausole *claims made* cd. pure. I problemi aumentano quando si è chiamati a valutare la validità di una clausola *claims made* impura. In quest'ultimo caso, infatti, è richiesta una doppia condizione di operatività della stessa ai fini della copertura assicurativa. Tanto la richiesta risarcitoria quanto il fatto illecito devono intervenire nel periodo in cui il contratto di assicurazione è valido. Dunque, sono destinate a fornire una effettiva copertura sempre che la richiesta risarcitoria nonché l'evento di danno/fatto illecito siano ricollegabili al periodo di vigenza del contratto. Venendo così ad assumere rilevanza significativa anche il momento in cui si è verificato il fatto illecito.

## II. Il duplice intervento chiarificatore delle Sezioni Unite

Al riguardo, va sottolineato che il Supremo Consesso è intervenuto per ben due volte e nello stesso periodo al fine di tracciare i confini interpretativi in tema di clausole *claims made*. In particolare, alle Sezioni Unite è stato assegnato l'arduo compito di definire quando una clausola di tal specie possa definirsi pienamente valida, con particolare riguardo all'operatività di clausole impure e/o miste.

Partiamo dalla pronuncia n. 9140 del 6 maggio 2016, la cui comprensione necessita di una breve disamina dei fatti di causa. Nel caso in questione, l'assicurato, nella specie una struttura ospedaliera, dopo essere stata convenuta in giudizio per rispondere di un errore medico, chiamava in manleva la compagnia assicuratrice con la quale aveva proceduto a concludere la polizza per responsabilità professionale.

Dal canto suo, l'assicurazione invocava l'inoperatività della clausola *claims made* inserita nel contratto, sull'assunto che la richiesta risarcitoria fosse intervenuta in una fase successiva rispetto al momento di vigenza della polizza.

Orbene, si è posto il problema di comprendere se e quando una clausola *claims made* potesse legittimamente procedere ad una limitazione di responsabilità dell'assicurazione, soprattutto con riferimento alla categoria delle clausole miste o impure. L'iter argomentativo seguito dalla Suprema Corte è indubbiamente articolato. Difatti, dopo aver messo in evidenza i profili di differenziazione intercorrenti tra clausole pure ed impure, ha inteso analizzare i diversi orientamenti che sul

punto sono andati profilandosi.

In particolare, ha catalogato sotto un triplice ordine sistematico le interpretazioni fornite, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza di legittimità in tema di validità delle clausole *claims made*. Un primo orientamento<sup>3</sup>, per cui le suddette clausole sono da ritenersi nulle per rischio putativo. In base a tale corrente di pensiero, il contratto di assicurazione è nullo perché avente ad oggetto un rischio mai esistito nella realtà (di qui, l'utilizzo del termine putativo) o già cessato. Ciò in ragione di una semplice constatazione: il rischio è elemento essenziale del contratto di assicurazione e mancando verrebbe ad esserne pregiudicata l'esistenza, con conseguente nullità del contratto<sup>4</sup>.

A seguire, un secondo e diverso filone argomentativo<sup>5</sup>, per il quale la nullità della clausola *claims made* va ancorata non all'inesistenza del rischio e, dunque, al difetto di causa, bensì all'alterazione del sinallagma contrattuale. Il punto focale va in tal caso ricercato negli aspetti qualificanti il contratto di assicurazione, desumibili, tra l'altro, da una semplice lettura del primo comma dell'art. 1917 c.c. Nello specifico, l'assunzione del rischio (da parte dell'assicuratore) circa i fatti avvenuti in costanza del contratto medesimo nonché il pagamento del premio da parte dell'assicurato. Di qui, la conclusione per cui la clausola *claims made* determina uno squilibrio della struttura tipica del contratto assicurativo nell'ipotesi in cui intenda subordinare la copertura assicurativa ad un limitato periodo di tempo. Difatti, in tale situazione verrebbe ad essere compromesso il principio di corrispettività tra corresponsione del premio e diritto all'indennizzo.

Infine, una terza linea interpretativa per la quale, invece, le clausole in commento sono valide ma vessatorie. Tale argomentazione parte dall'assunto che la clausola "a richiesta fatta" va ad incidere sulla posizione assunta dall'assicuratore, andando a limitarne la responsabilità.

Orbene, dopo una breve rassegna delle contrastanti opinioni venutesi a profilarsi in merito alla questione, gli ermellini si avviano verso la soluzione, sposando l'idea che si tratti di clausole valide ma da sottoporre, caso per caso, ad uno scrutinio di ragionevolezza.

Detto altrimenti, le Sezioni Unite ritengono che le suddette clausole non siano da considerarsi vessatorie "a monte" per il semplice fatto che vanno a circoscrivere l'oggetto del contratto. Anzi, occorre procedere ad una valutazione circa la meritevolezza degli interessi coinvolti, attraverso il ricorso ad un giudizio prognostico da effettuarsi in concreto, con riferimento alla fattispecie contrattuale, di volta in volta, sottoposta allo scrutinio dell'organo giudicante.

Discorso che tende ad assumere una valenza maggiormente significativa quando si è in presenza di clausole impure, atteso che queste ultime ricollegano l'operatività della copertura assicurativa alla sussistenza di una duplice condizione: che il fatto illecito nonché la richiesta risarcitoria intervengano entrambe entro il periodo di efficacia del contratto. Sulla medesima scia si colloca anche la sentenza n. 24645 del dicembre 2016. Difatti, in tale situazione, la Suprema Corte, nel richiamare i principi di diritto sanciti con la decisione del 6 maggio 2016, ha ricollegato il carattere vessatorio della clausola impura ad una precisa circostanza: al fatto che la stessa non sia preordinata alla realizzazione di interessi immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Dunque, la clausola *claims made* mista o impura deve rispondere positivamente all'indagine circa la meritevolezza e/o ragionevolezza, atteso che in caso di valutazione negativa dovrà essere dichiarata nulla. Aggiungendo che laddove fosse applicabile la disciplina prescritta dal Codice del Consumo, potrà essere ritenuta nulla per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

## III. Sull'illiceità della polizza *claims made* che esclude la copertura dei danni richiesta in un periodo successivo alla vigenza del contratto: la recente risposta della Cassazione Civile

Alle suesposte argomentazioni, tutte di matrice giurisprudenziale, ha fatto seguito un nuovo e recentissimo intervento della Cassazione. Si tratta della sentenza n. 10506 del 28 aprile 2017, con la quale il Supremo Consesso ha inteso focalizzare, ancora una volta, l'attenzione sul profilo della meritevolezza.

In particolare, con riguardo a quei casi in cui la richiesta risarcitoria sia stata inoltrata dal terzo danneggiato in un periodo successivo alla vigenza del contratto ma con riferimento ad un danno causato dall'assicurato nel periodo di efficacia dello stesso.

La soluzione, a detta della Corte, ben può essere compresa se si guarda, in via preliminare, alla Relazione al Codice Civile. Quest'ultima, infatti, statuisce che l'immeritevolezza di un patto deriva dalla sua contrarietà alla coscienza civile, all'economia, al buon costume e all'ordine pubblico<sup>6</sup>. Ancor più, precisa che la contrarietà debba necessariamente intendersi in "termini di risultato", nel senso che il patto "atipico" per potersi dire lecito deve perseguire finalità in linea con i principi che il sistema giuridico pone a fondamento dei rapporti privati.

Di qui, la Suprema Corte procede ad una elenca-

zione di quei contratti o patti contrattuali che, seppur formalmente rispettosi della legge, risultano immeritevoli di tutela in quanto miranti alla realizzazione di scopi non tollerati, neppure minimamente, dall'ordinamento giuridico (cfr. secondo comma dell'art. 1322 c.c.).

Nello specifico: contratti che intendono attribuire ad una sola delle parti un ingiusto e sproporzionato vantaggio; - contratti che pongono uno dei contraenti in uno stato di indeterminata soggezione rispetto all'altro; - contratti che inducono, sotto forma di costrizione, le parti a tenere condotte contrastanti con i doveri costituzionalmente prescritti.

E partendo da tale schema, i giudici di legittimità arrivano a formulare la conclusione. Ovvero, che la clausola che esclude l'indennizzo per il solo fatto che la richiesta risarcitoria è stata inoltrata in un momento successivo al periodo di efficacia del contratto non è passibile di tutela giuridica, in quanto non supera positivamente lo scrutinio di meritevolezza (ex art. 1322, secondo comma, c.c.). Sottolineando, al contempo, che tale tesi trova maggiore conferma quando si tratta di richiesta avanzata dal terzo danneggiato in merito ad un evento e/o fatto illecito verificatosi in costanza del contratto assicurativo.

Una soluzione, quella offerta dagli ermellini, che ben si allinea a quanto già sopra evidenziato con riguardo ai tipi di contratti e/o patti contrattuali non tutelabili, in quanto tesi a travalicare il limite della meritevolezza. Pertanto, la polizza *claims made* finalizzata ad escludere le richieste postume non può dirsi meritevole di tutela per le seguenti ragioni:

- attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, con conseguente squilibrio contrattuale;
- pone l'assicurato in una posizione di indeterminata e non controllabile soggezione rispetto all'assicuratore<sup>7</sup>;
- l'assicurato verrebbe a trovarsi in una condizione oscura, priva di soluzioni. Se decide di tacere ed attendere che la richiesta risarcitoria venga inoltrata dal terzo danneggiato, perderà la relativa copertura assicurativa; al contrario, se sollecita il terzo danneggiato affinché avanzi richiesta di risarcimento, andrà a violare l'obbligo di salvataggio<sup>8</sup>, di cui agli artt. 1914- 1915 c.c.;
- infine, costringe l'assicurato a tenere condotte configgenti con i doveri di carattere costituzionale (in particolare, con il dovere di solidarietà<sup>9</sup>).

<sup>1</sup> Dunque, la vessatorietà viene ricollegata ad una alterazione del nesso di corrispettività, quale punto focale dei contratti sinallagmatici, non a caso definiti contratti a prestazioni corrispettive.

- 2 Al riguardo, cfr. art. 33, comma secondo, Codice del consumo, il quale fornisce una elencazione dettagliata delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria.
- 3 La tesi della nullità delle clausole *claims made* veniva seguita dal Trib. Roma nonché da una parte della giurisprudenza di merito.
- 4 Di qui, il riferimento all'art. 1895 c.c., il quale, in tema di nullità del contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, positivizza due ipotesi di nullità. La prima concerne il caso in cui il rischio non sia mai esistito, venendo qui in rilievo situazioni in cui la *res* - oggetto dell'interesse protetto - non sia mai stata esposta al reale pericolo di un pregiudizio.
- La seconda, invece, riguarda il caso in cui il rischio abbia cessato di esistere prima della stipula del contratto. Situazione, quest'ultima, che invece può avere luogo allorché l'evento di danno/fatto illecito temuto si sia già realizzato.
- 5 Cfr. Cass., sez. III, 13 marzo 2015, n. 5791; Cass., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622.
- 6 Cfr. Relazione al Codice Civile, § 603, secondo cui il "Codice non costringe l'autonomia privata ad utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, secondo comma, c.c.): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto".
- 7 Al fine di spiegare tale condizione di immeritevolezza, i giudici sottolineano che una clausola *claims made* di tal genere fa dipendere la prestazione dell'assicuratore da una duplice condizione. Nello specifico, non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato bensì anche da un ulteriore evento futuro ed incerto: la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato.
- 8 L'obbligo di salvataggio, civilisticamente cristallizzato, prevede che l'assicurato faccia quanto possibile al fine di evitare il prodursi del danno; al contrario, se l'evento si è già realizzato, dovrà attivarsi al fine di diminuirne le conseguenze. Dunque, si sostanzia in un onere per l'assicurato, al quale è imposto di tenere un dato comportamento in esecuzione del dovere di solidarietà, ex art. 2 Cost.
- 9 In proposito, la Cassazione statuisce quanto segue: "la clausola in esame elevando la richiesta del terzo danneggiato a condizione per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella di richiesta venga a mancare". Con la conseguenza che "se l'assicurato adempie spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo danneggiato glielo richieda, l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato". Sicché verrebbe a mancare la *condicio iuris* cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore. Sulla medesima posizione anche Cass., sez. III, n. 5791/2014.

Anna Villani

### La riforma Madia sul pubblico impiego: novità in tema di responsabilità dirigenziale, performance e concorsi pubblici

Con i due decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017 approvati dal Consiglio dei Ministri in data 19 maggio 2017, si è data attuazione alla legge delega 7 agosto n. 124 del 2015, di riforma del pubblico impiego, per mezzo della quale si è provveduto ad introdurre correttivi sia in materia di valutazione della performance amministrativa, che della dirigenza pubblica e dei concorsi pubblici. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è stato oggetto di

continui interventi normativi, a partire dagli anni Novanta con le varie fasi della cd. privatizzazione del pubblico impiego<sup>1</sup>.

Attualmente, la disciplina è contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, cd. Testo Unico sul pubblico impiego.

Prima della riforma Madia, già la cd. riforma Brunetta<sup>2</sup> aveva profondamente inciso nella materia in esame, facendo perno sui fondamentali principi di trasparenza e valutazione della performance lavorativa. Altro punto focale era la valorizzazione del merito e l'attribuzione di incentivi economici e di carriera, nonché premi per i dipendenti capaci e meritevoli, al fine di migliorare la produttività e la qualità della prestazione lavorativa. Già con tale riorganizzazione si modificava la materia della dirigenza e della contrattazione collettiva, in quanto il dirigente veniva qualificato a tutti gli effetti quale datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni e si ridefinivano le materie attribuite ai contratti collettivi. In ultimo, veniva completamente rinnovata la disciplina delle sanzioni disciplinari e il sistema della responsabilità dei dipendenti pubblici, con particolare riguardo alla lotta contro l'assenteismo e lo scarso rendimento sul luogo di lavoro.

Ed arriviamo ad oggi con la riforma Madia, che cerca di conciliare le esigenze di riduzione dei costi e di semplificazione e contrasto ai fenomeni di corruzione nei pubblici uffici.

La suddetta riforma, come detto, incide sia sulla riforma Brunetta che sul T.U. pubblico impiego attualmente vigente. Infatti, il d.lgs. 74/2017 viene ad incidere sul d.lgs. Brunetta 150/2009, mentre il d.lgs. 75/2017 sul T.U. del pubblico impiego 165/2001.

L'innovazione vi è stata, innanzitutto, in tema di fonti regolatrici del rapporto di lavoro pubblico, in particolare, in materia di contrattazione collettiva nazionale. Il d.lgs. 75/2017, infatti, modificando il comma 2 dell'art. 2 d.lgs. 165/2001, afferma la possibilità per i contratti o accordi collettivi nazionali di derogare alle norme di legge, regolamento o statuto che introducano o abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici. La deroga in parola è possibile a patto che si tratti di contratti collettivi nazionali e pur sempre nel rispetto dei principi fissati dal T.U. pubblico impiego.

Il d.lgs. 75/2017 ha, poi, novellato anche la disciplina dei concorsi pubblici, modalità ordinaria di accesso agli uffici pubblici (art. 97 Cost.), prevedendo l'accertamento della conoscenza di altre lingue straniere, oltre all'inglese, sia come requisito di partecipazione al concorso che come titolo di merito valutabile (art. 37 d.lgs. 165/2001), la valorizzazione del titolo di dottorato di ricerca ed



una maggiore sensibilizzazione verso l'integrazione di soggetti disabili nel mondo del lavoro.

Le determinazioni relative all'avvio delle procedure di reclutamento del personale sono adottate sulla base del Piano triennale dei fabbisogni di cui all'art. 6 d.lgs. 165/2001, così come prevede il novellato art. 35, comma 4, T.U. pubblico impiego. Si sono introdotte norme anche in riferimento alle modalità di assunzione del personale risultato vincitore dei concorsi pubblici. Di solito, le pubbliche amministrazioni assumono con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 165/2001, come modificato dal d.lgs. 75/2017, per esigenze temporanee ed eccezionali, le stesse possono stipulare contratti di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione a tempo determinato, ricorrere alle forme flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, al part-time, al telelavoro e all'apprendistato, nei limiti in cui ciò sia consentito alle pp.aa. Inoltre, ciascuna p.a., per far fronte a specifiche esigenze non fronteggiabili con il personale in servizio, può ricorrere all'affidamento di incarichi individuali esterni a persone con particolare e comprovata specializzazione, anche universitaria (art. 7, comma 6, d.lgs. 165/2001 novellato), laddove si trovi nell'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane interne e con predeterminazione della durata, dell'oggetto e del compenso della collaborazione.

In ogni caso, in virtù del nuovo comma 5 bis art. 7 T.U. cit., introdotto dal d.lgs. 75/2017, è fatto divieto di stipulare contratti di collaborazione che si concretino in prestazioni esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Oltre che sulle modalità di accesso ai pubblici

uffici, la riforma Madia ha inciso significativamente anche sulla disciplina dell'organizzazione del personale, col passaggio dal concetto di "dotazione organica" a quello di fabbisogno del personale. Oggi, con la nuova formulazione dell'art. 6 del T.U., si prevede che le pubbliche amministrazioni definiscono l'organizzazione degli uffici in conformità al Piano triennale dei fabbisogni, e non più in riferimento alla dotazione organica. Ciascuna p.a. adotta il suddetto Piano in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le linee di indirizzo per la pianificazione delle medesime adottate con D.P.C.M. ai sensi dell'art. 6 ter T.U., introdotto dal d.lgs. 75/2017. Nell'ambito del Piano, le pp.aa. sono tenute a procedere all'ottimale distribuzione delle risorse umane, attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e reclutamento del personale.

Ma senza dubbio, è la materia della responsabilità disciplinare e delle relative sanzioni che rappresenta uno dei principali punti di intervento della riforma Madia sul pubblico impiego.

La responsabilità disciplinare del pubblico dipendente attiene alla violazione dei doveri inerenti al rapporto d'impiego ed è disciplinata dagli artt. 55-55 octies del d.lgs. 165/2001. Le infrazioni e le sanzioni sono definite dai contratti collettivi, salvo quanto previsto dalle norme del T.U. citato. La violazione dolosa o colposa delle summenzionate norme di carattere imperativo, alla luce della riforma del 2017, costituisce illecito disciplinare anche in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione.

Per quanto attiene al procedimento disciplinare di cui all'art. 55 bis d.lgs. 165/2001, esso si distingue a seconda della gravità delle violazioni commesse dal pubblico dipendente.

Per le infrazioni di minore gravità, punite con la sanzione del rimprovero verbale, il procedimento

A. S. Pitloo,  
Costiera da Vietri,  
già Galleria  
Vittoria Colonna,  
Napoli

disciplinare è di competenza del responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente. Viceversa, per le infrazioni punite con una sanzione superiore al rimprovero verbale, ciascuna amministrazione deve individuare l'ufficio per i procedimenti disciplinari (UPD).

Il procedimento si deve concludere entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito al dipendente. Novità di rilievo della riforma Madia è l'allargamento delle ipotesi per le quali è prevista la sanzione del licenziamento disciplinare di cui all'art. 55 *quater* d.lgs. 165/2001, già novellato dalla riforma Brunetta.

I casi attengono alla falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero la giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; l'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o a sette nell'arco degli ultimi dieci anni; l'ingiustificato rifiuto del trasferimento per motivate esigenze di servizio; le falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro; la reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose; la condanna penale definitiva per la quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione del rapporto di lavoro; le gravi e reiterate violazioni dei codici di comportamento; l'insufficiente rendimento dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, come rilevato dalla valutazione negativa della performance del dipendente nell'ultimo triennio.

Oltre alla previsione di siffatte ipotesi, il legislatore del 2017 ha dato una significativa accelerazione dei tempi del procedimento disciplinare, nell'ottica di una maggiore concentrazione e prevenzione dell'assenteismo sul luogo di lavoro, proseguendo la scia della riforma Brunetta sulla lotta ai cd. furbetti del cartellino.

L'art. 55 *quater*, commi 3 *bis* - 3 *quinqües*, d.lgs. 165/2001, infatti, prevede un iter particolarmente accelerato nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio. Se quest'ultima viene accertata in fragranza o mediante strumenti di sorveglianza o registrazione, vi è l'immediata sospensione cautelare del dipendente, senza stipendio e senza obbligo di essere ascoltato preventivamente, adottata con provvedimento motivato del responsabile della struttura di appartenenza o, nel caso ne venga a conoscenza per primo, dell'ufficio per i procedimenti disciplinari. Con il medesimo provvedimento, si contesta per iscritto l'addebito

e si convoca il dipendente dinanzi all'ufficio per i procedimenti disciplinari, il quale deve concludere il procedimento entro trenta giorni dal ricevimento, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito.

Una peculiarità della riforma Madia è poi la lotta contro i cd. furbetti del weekend. Prevede, infatti, il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 55 *quinqües* d.lgs. 165/2001, introdotto dal d.lgs. 75/2017, che la contrattazione collettiva deve fissare le condotte e le relative sanzioni in caso di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché in caso di ingiustificate assenze collettive in periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza.

Altro nodo focale del d.lgs. 74/2017, che ha modificato il decreto Brunetta, d.lgs. 150/2009 è la valutazione della performance. Per siffatta valutazione è previsto un ciclo di gestione che mira alla valorizzazione del merito e alla predisposizione di premi per il raggiungimento dei risultati stabiliti. Le amministrazioni valutano la performance attraverso un sistema di misurazione, contenente un piano della performance, da emanare entro il 31 gennaio, ossia un documento programmatico triennale che individua gli indirizzi e gli obiettivi e definisce gli indicatori per la misurazione della performance, nonché una relazione sulla performance da adottare entro il 30 giugno, che evidenzia a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi ed individuali raggiunti rispetto agli obiettivi programmati.

Ruolo importante nel ciclo di gestione della performance è affidato all'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV), organo necessario di ogni amministrazione, che si occupa del monitoraggio sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione e della garanzia di correttezza dei processi di valutazione dei pubblici dipendenti.

Ma il vero centro del sistema di valutazione della performance, dopo la riforma del 2017, è senza alcun dubbio il cittadino, utente finale dei servizi erogati dai pubblici uffici.

Trattasi di una delle principali novità della riforma che qui si esamina. Infatti, ai sensi del nuovo art. 19 *bis* d.lgs. 150/2009, introdotto dal d.lgs. 74/2017, i cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'OIV il proprio grado di soddisfazione per i servizi erogati. Ogni amministrazione, a tal fine, deve adottare sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti in relazione ai servizi erogati, favorendo la più ampia partecipazione degli stessi.

Il d.lgs. 74/2017 ha, inoltre, introdotto un nuovo



J. Rebell,  
Veduta della torre  
della Crestarella  
tra Vietri e Salerno,  
Germanisches  
Nationalmuseum,  
Norimberga

sistema di distribuzione delle risorse economiche destinate a remunerare la performance dei lavoratori pubblici<sup>3</sup>. Il novellato art. 19 d.lgs. 150/2009 prevede che spetta alla contrattazione collettiva nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance, stabilire la quota delle risorse destinate a remunerare la performance, al fine di garantire che a diversi gradi di rendimento corrispondano differenti trattamenti economici. La valutazione positiva della performance rileva per l'erogazione di premi, il riconoscimento delle progressioni economiche, l'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale ed il conferimento degli incarichi dirigenziali. La valutazione negativa delle performance rileva, per converso, ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale, oltre che a fini disciplinari.

<sup>1</sup> Dapprima col d.lgs. 29/1993, trasfuso poi nel d.lgs. 165/2001, e passando per la cd. seconda privatizzazione ad opera del d.lgs. 80/1998 di attuazione della legge Bassanini 59/1997. Oggi, il rapporto di pubblico impiego è privatizzato, salvo eccezioni contenute nello

stesso decreto 165/2001, ossia la relativa disciplina è stata trasferita dall'area pubblicistica a quella privatistica, essendo regolamentato dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, Libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Ciò comporta la regolazione del rapporto di pubblico impiego, in larga misura, attraverso lo schema del contratto collettivo, nonché il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione ordinaria per le controversie in esame, fatta eccezione per le categorie non privatizzate.

<sup>2</sup> Legge 4 marzo 2009, n. 15, attuata con d.lgs. 27 ottobre 2010, n. 150.

<sup>3</sup> La previgente disciplina prevedeva la suddivisione dei dipendenti di ciascuna p.a. in tre fasce di merito (alta, media, bassa), a ciascuna delle quali corrispondeva un determinato trattamento economico accessorio, mentre nel caso di fascia bassa non era previsto nessun trattamento. Ma tale disciplina, stante il blocco dei contratti collettivi nazionali, è rimasta inattuata.

#### Bibliografia

Chinè- Frattini- Zoppini, *Manuale di diritto amministrativo*, Terza edizione, Nel Diritto Editore

#### Sitografia

www.altalex.com  
www.brocardi.it  
www.diritto.it  
www.giustiziamministrativa.it  
www.ildirittoamministrativo.it  
www.iurisprudenzia.it  
www.neldiritto.it  
www.questionegiustizia.it

# Historia et Antiquitates

La salute tra leggenda, storia e alchimia.

La Scuola Medica Salernitana

di Elvira Spena e Emilia Scognamiglio  
tratto da Campania Felix n. 9, prima serie, gennaio 1997

## La storia

L'antica leggenda medioevale che narra delle origini della Scuola Medica Salernitana parla di quattro medici e delle loro diverse provenienze: latina, greca, araba ed ebrea, a testimonianza del convergere delle culture mediche orientali e greco-romane nei saperi della Scuola. Salerno rappresentò il centro occidentale dal quale la medicina islamica, derivata da quella greca, si diffuse in tutta Europa. La Scuola si affermò in un ambiente permeato da principi filosofici a cui si aggiungeva lo studio attento della natura. In questa zona rigogliosa e salubre, i medici si dedicavano alla ricerca di erbe medicamentose cui venivano attribuite meravigliose virtù risanatrici. I luoghi dove fiorirono tali studi furono i monasteri, sorti sulle colline salernitane, che divennero al contempo luoghi di culto e cultura, di mistica contemplazione ed erudito raccoglimento, dove i monaci furono depositari e custodi dei più antichi saperi. Le origini della Scuola Medica Salernitana sono controverse. Secondo alcuni pare che fosse già esistente nei secoli VII e VIII e si sia poi affermata nel IX secolo. Gli studiosi considerano poi come fase principale dello sviluppo il periodo che si spinge fino al XII secolo, quando l'esercizio della medicina passò dal clero ai laici. Ancora una volta le leggende ci aiutano a rintracciare la presenza della Scuola negli anni che precedettero il Mille. Certamente è difficile confermare storicamente le testimonianze tramandate dalla tradizione orale, che pur tanta importanza ebbe nella cultura antica. La ricca immaginazione popolare che ha creato numerose leggende sulla Scuola, derivava dalla fama e dalla risonanza che l'operato dei maestri aveva nella società del tempo. Il *Chronicon Salernitanum* (X secolo), che descrive episodi di vita quotidiana fissando gli usi e i costumi del tempo, narra dell'illustre medico Girolamo, interpellato per salvare una giovane sposa gravemente malata condotta a Salerno dalla costiera amalfitana. Girolamo per la diagnosi consulta volumi dove sono descritti i sintomi di numerose malattie, e ciò dimostra la presenza di una istituzione basata su teorie che erano state scritte e documentate. Il medico, tuttavia, non riuscendo a tro-



vare rimedio affida la giovane alla volontà di Dio. Le cause di molte malattie restavano sconosciute e l'uomo, scontrandosi con quella parte di mistero che avvolge la vita umana, riscattava la sua impotenza contro i demoni del male con il sentimento religioso che riallacciava la figura del medico all'esperienza dei guaritori preistorici, degli stregoni e dei maghi alchimisti che combattevano le forze demoniache. Il medico medioevale è scienziato ma anche un po' filosofo, un po' guaritore e sperimentatore di rimedi pratici e naturali. La Scuola Medica Salernitana, infatti, si fece interprete del pensiero di Ippocrate, che pose la natura al centro delle sue ricerche. Per il maestro greco il medico doveva assecondare la natura e seguirne gli insegnamenti. Anche Galeno, medico della Scuola di Alessandria, definito *magister magistrorum*, i cui studi rimasero per secoli insuperati e influenzarono tutta la medicina successiva, fu un grande maestro a cui si ispirarono gli orientamenti della Scuola Salernitana che diede un'impostazione, non solo pratica ma anche teorica, alla medicina secondo gli insegnamenti di questi grandi predecessori classici. Durante il Medioevo questa istituzione si distinse proprio per gli studi teorici che diedero un indirizzo scientifico alla medicina e contribuirono al suo progresso, in un ambiente dove i monaci, pur essendo depositari della cultura classica, in molti casi, presi dalle necessità immediate, ridussero a mera pratica la



medicina pensando a cercare i rimedi per alleviare le sofferenze degli uomini, senza occuparsi molto dell'approfondimento teorico. La chirurgia divenne così una dottrina con metodi e analisi di patologie che, insieme agli studi diagnostici e alle ricerche farmacologiche, rappresentava il patrimonio di studi che la Scuola trasmise ai posteri grazie agli studi di Alfano - arcivescovo di Salerno, cultore della medicina ed erudito nei classici, nella musica e nella poesia - di Cofone, di Garioponto, di Petrocello, di Egidio e di Corbeil, venuto dalla nativa Francia a Salerno per apprendervi l'arte della medicina. Anche donne, come Trotula de Ruggiero, insegnarono le discipline mediche all'interno della Scuola; sua è l'opera *De mulierum passionibus* in cui consiglia metodi vegetali per la cura delle malattie prevalentemente femminili. Il trattato è dedicato alle donne e vengono forniti anche rimedi pratici a base di erbe per conservare la bellezza.

Grande opera scritta dai maestri fu il *Regimen Sanitatis*, detto anche il Fior della Medicina, che racchiude i precetti della scuola, dove vengono elencati i rimedi per alleviare le sofferenze e le buone norme da seguire per condurre una vita sana. La salute, il benessere fisico e interiore vengono considerati un bene supremo e la natura la principale risorsa per i medicamenti e i balsami per curare le malattie. Il clima temperato e le colline verdeggianti di Salerno favorirono il fiorire di orti dove venivano coltivate le più svariate piante che avevano virtù medicamentose. Gli orti botanici fecero da supporto alla ricerca dei sapienti in campo medico; qui vennero infatti coltivate erbe

medicamentose rare e sconosciute. Da queste ricerche nacque il trattato di Niccolò il Preposito l'*Antidotario* che divenne la farmacopea ufficiale del mondo occidentale. Discepolo di Niccolò fu Matteo Silvatico, che compiva i suoi studi parallelamente alla coltura di piante rare di cui scopriva i pregi e li enunciava nel *Dizionario dei semplici*, l'opera medica più completa del XIII secolo. La scuola ebbe il merito di aver dato vita ad una nuova disciplina legata allo studio delle piante, che vennero analizzate nei particolari ed ordinate. Si giunse con tali ricerche a comporre i farmaci e alle prime forme di anestesia, tramite narcotici, che rendevano insensibili i pazienti durante gli interventi chirurgici.

Saladino d'Ascoli, sulle orme dei suoi predecessori, alcuni secoli dopo scrisse il *Compendio degli Aromatori* che dettò le norme per l'esercizio della farmacia tracciando i principi cui il bravo studioso doveva attenersi. L'attenzione forte verso la natura nasceva dalla convinzione che la medicina era una branca delle scienze naturali, mentre il medico era uno scienziato naturalista che poneva al centro delle sue sperimentazioni i principi ippocratico-galenici. L'insorgere di una malattia veniva attribuito ad uno squilibrio interno del corpo umano. L'organismo era formato da quattro elementi, definiti umori, così come quattro erano gli elementi costitutivi della materia: aria, terra, acqua e fuoco; al sangue corrispondeva l'aria, alla flemma l'acqua, alla bile gialla il fuoco, alla bile nera la terra. I medici salernitani ritenevano che dalla commistione dei diversi umori derivassero i temperamenti degli esseri umani, e

Pagina precedente.  
Ritratto di Trotula de Ruggiero,  
miniatura medioevale.  
In questa pagina  
e in quelle seguenti.  
Miniature medievali



che la medicina avesse il compito di ristabilire l'equilibrio tra questi umori attraverso lo studio delle sintomatologie.

Ancora oggi esiste nel centro storico di Salerno - risalendo via Tasso, quasi nascosto tra i palazzi - un giardino mediterraneo detto della Minerva, fatto a terrazzamenti che si aprono sul panorama del golfo con una buona esposizione al sole ed ai venti, tale da favorire la fioritura di numerosi tipi di essenze. In questo luogo, secondo gli studiosi, era situato il famoso orto botanico del Silvatico che tanta importanza ebbe nell'ambito della scuola medica. Colti e sapienti dottori osservavano e studiavano attentamente la natura dando vita a teorie, enunciate in codici manoscritti, che furono divulgate attraverso più edizioni e tradotte e propagandate in numerose lingue. Gli studiosi erano organizzati mediante un ordinamento la cui massima autorità era il Priore, i suoi collaboratori erano i Maestri, mentre gli altri interessi della Scuola, a diversi livelli, erano curati dal Rettore degli studi, dal Notaio, dal Mastrodatti, dai Copisti, dai Miniatori, dai Bidelli. L'attività della Scuola cominciò a decadere nel XIV secolo con l'affermarsi dell'Università di Napoli. Negli anni si è smarrita la memoria storica delle sedi occupate dalla Scuola nell'antica città, tanto che

quest'aspetto è stato oggetto di numerose controversie tra gli studiosi. Salerno la ricorda con un interessante museo didattico situato in via dei Mercanti nella chiesetta, oggi sconosciuta, di San Gregorio. (E.Sp.)

### La cultura medica nei codici d'età sveva

Nel XIII secolo si verificò il graduale passaggio dalla conoscenza delle leggi scientifiche, iniziata nel secolo precedente, alla formazione di un pensiero scientifico. A questa radicale trasformazione non fu estraneo Federico II di Svevia, intorno a lui gravitarono infatti numerosi intellettuali, specialisti delle più diverse discipline scientifiche, spesso mediatori tra la cultura araba e quella dell'occidente latino, ed autori di trattati su suggerimento dello stesso Federico. All'interno della *Magna Curia* federiciana fiorì non solo la scuola poetica siciliana, ma anche la trattatistica medica. Maestro Teodoro compilò, per espresso volere del suo signore, una serie di *Regole* per conservare la salute, ricavate dalla traduzione del *Secretum Secretorum* di Aristotele, e tradotte direttamente dall'arabo. Pietro Ispano, indirizzò al sovrano svevo un'*Epistula super Regimen Sanitatis*. Gerardo



da Cremona tradusse numerosi trattati chirurgici direttamente dall'arabo e Pietro da Eboli dedicò al *sol mundi* il suo poema sulle virtù idroterapiche dei bagni di Pozzuoli, sperimentate direttamente dall'imperatore nel 1227 ca., in seguito ad una malattia che lo aveva colto a Brindisi, prima di salpare per la Crociata in Terra Santa. Intensi furono i rapporti di Federico II con Salerno, definita *Ippocratica civitas*, e posta al centro di un'illuminata riforma sanitaria; egli istituzionalizzò anche la Scuola Medica sorta nella città che nelle Costituzioni Melfitane del 1231 veniva citata come unica scuola del regno. In essa norme legislative disciplinavano lo studio e l'esercizio professionale, stabilendo tra l'altro per i medici un *curus studiorum* di otto anni, al fine di impedire danni irreparabili dovuti all'imperizia dei medici. Fu in questa atmosfera culturale che vennero realizzati i due codici, indicati con il nome di *Varia Medica*, attualmente conservati nella Biblioteca Medicea Laurenziana di Firenze, uno contenente un *Erbario* (cod. Plut. 73. 16) della prima metà del XIII secolo, l'altro l'opera chirurgica di Albucasi (cod. Plut. 73. 23).

L'*Erbario* svevo della Laurenziana, di cui tra l'altro esiste un manoscritto gemello nella Österreichische Nationalbibliothek di Vienna (cod. 93), rac-

chiude in sé elementi testuali e figurativi riscontrabili già nei codici dei secoli precedenti, e costituisce il punto di arrivo di un processo evolutivo, avvenuto per gradi, che amalgamando insieme la descrizione delle piante, propria dei trattati di Dioscoride e degli erbari di Apuleio, con quella degli animali del trattato di Sesto Placito, rifacendosi alla tecnica di Cassiodoro dei rimandi mnemonici, ed assorbendo gli spunti della tradizione locale si concludeva con la creazione di un erbario che conciliava insieme lo scopo pratico ed il piacere del racconto, in sintonia con gli ideali scientifici, culturali ed artistici dell'età sveva. Tutti i testi sono accompagnati da miniature dal carattere esplicativo che, spesso a piena pagina, o inserite nell'unica colonna di scrittura, occupano quasi tutte le duecentotrenta carte del manoscritto. Il codice, per quanto riguarda la tipologia del corredo illustrativo, non va considerato un manuale d'uso propriamente scientifico, ma piuttosto un libro destinato ad un pubblico di non specialisti, attratto dal carattere narrativo delle scenette miniate. In esse ad un interesse naturalistico si affiancano anche credenze magiche e superstiziose nonché elementi folclorici locali che spesso ne alterano il valore scientifico, così che leggenda e fantasia finiscono col fondersi insieme nel rac-



conto della raccolta delle erbe e delle loro proprietà terapeutiche. Le miniature sono opera di due miniatori che, pur avendo uno stile differente, il primo più elegante nella resa delle figure, il secondo grossolano ma più corsivo, mostrano di essere a conoscenza dello stesso modello tardo antico. La provenienza del manoscritto si localizza generalmente in area campana, e specificamente nella zona costiera salernitana dove, proprio in quel momento, giungevano dalla Sicilia influssi dell'arte bizantina ed islamica andando così ad informare buona parte della produzione miniatoria delle botteghe locali.

È importante sottolineare come il corredo illustrativo dell'erbario risponda ad un progetto ben determinato, ne sono un esempio le figure di Platone, Ippocrate, Dioscoride (c. 2v), i tre medici dell'antichità, ritratti con vesti classiche dai panneggi bizantineggianti, vicini ai santi Matteo e Giovanni del mosaico dell'abside destra del duomo di Salerno, di cultura siculo-campana della metà del XIII secolo. Le loro rappresentazioni fungono da frontespizio al manoscritto, preannunciando visivamente, insieme con i due rizotomisti posti nel margine inferiore della pagina, quelli che saranno gli argomenti trattati ed illustrati in tutto il codice.

Altri ritratti dei tre medici, insieme alle vedute di città, sono posti come frontespizi all'inizio di ciascun trattato. Un'altra splendida pagina, interamente miniata, precede il testo del *De herba bettonica liber*, e raffigura l'invocazione alla santa madre terra ed a tutte le erbe (c. 13v), preghiere che conservavano del tutto inalterato lo spirito pagano in cui nacque l'erbario, ma che nel corso di secoli furono via via sostituite da formule cristiane. Infatti la raffigurazione allegorica della terra, a cui il rizotomista si avvicina in atteggiamento supplice per implorarla di fargli dono di erbe salutari, trasmigrò proprio in ambito meridionale nel ciclo iconografico di un testo cristiano, divenendo un inno liturgico dell'*Exultet*. Tutte le scenette relative alla raccolta delle erbe, dalla

viva resa naturalistica, le svariate tipologie di malati, di medici, spesso anche donne, e le scene che illustrano come sfruttare le virtù dei semplici, intessute tra l'altro di elementi tratti dalle più note leggende della mitologia classica, utilizzate per narrare le origini illustri di determinate specie di erbe (c. 80r), contribuirono pertanto a rinnovare l'imagerie botanica e zoologica altomedievale, ponendosi come nuovo punto di partenza per la storia degli erbari, che proseguirà nel XIV secolo con i *Secreta Salernitana*. Il codice contenente la *Chirurgia* di Albucasi fu invece con molta probabilità trascritto in area salernitana nei primi anni della seconda metà del XIII secolo. Copiato da un unico amanuense, fu miniato da due artisti, il primo eseguì le iniziali impregiate da motivi vegetali ed animali, ed una istoriata, mentre il secondo realizzò numerosi disegni a penna di strumenti chirurgici e minìo alcuni interventi chirurgici, rispecchiando i moduli stilistici orientali e bizantini ancora presenti nella cultura figurativa meridionale, ma anche vicini, per le forme arcaiche e stilizzate sia nell'anatomia che nelle posizioni un po' irrigidite, ad elementi della cultura figurativa della Spagna del nord. Il corredo illustrativo di questo manoscritto, sebbene diverso da quello dell'*Erbario* di Firenze, testimonia gli apporti di modelli nuovi che già dalla metà del XIII secolo, sul finire dell'età sveva, inizieranno ad influenzare la produzione dei manoscritti scientifici che proseguirà poi in età angioina. Probabilmente entrambi i miniatori meridionali copiarono, con intento soprattutto didascalico, un modello straniero, forse proveniente da Toledo, dove la *Chirurgia* di Albucasi, medico arabo-spagnolo dell'XI secolo, venne tradotta da Gerardo da Cremona, appartenente anch'egli all'entourage federiciano, e successivamente tra il XII e il XIII secolo diffusa nelle scuole mediche di Bologna e di Salerno. (E.Sc.)

© altrastampa edizioni - riproduzione vietata  
In caso di utilizzazione anche parziale è obbligatorio citare la fonte e l'autore

## La Pagina dei Convegni

### Il risarcimento del danno nel rapporto di lavoro

a cura di Emiliana Matrone

Il convegno svoltosi presso l'aula Emilio Alessandrini del Palazzo di Giustizia il 29 giugno 2017 sul tema de' "Il risarcimento del danno nel rapporto di lavoro" si iscrive in una delle molteplici iniziative di pregio organizzate dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Nocera Inferiore, sempre attento alle novità scientifiche ed agli aggiornamenti e sempre disposto a garantire un'offerta formativa utile all'elevazione della preparazione e della qualità degli operatori giuridici ed, in particolare, degli avvocati. Dopo i saluti iniziali del presidente del COA di Nocera Inferiore, avv. Aniello Cosimato, e del presidente della Camera degli avvocati giuslavoristi del foro di Nocera Inferiore, avv. Renato Guerritore, prendeva la parola l'illustre giuslavorista del foro di Nocera Inferiore, avv. Mario Cretella, cui era stato affidato il compito di introdurre il tema oggetto del convegno e, quindi, di illustrare l'opera del dott. Gustavo Danise, giudice civile presso il Tribunale di Nocera Inferiore, ma già giudice del Lavoro presso il Tribunale di Lamezia Terme, dedicata proprio al risarcimento del danno nel rapporto di lavoro (G. Danise, *Il risarcimento del danno nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2017).

L'avv. Mario Cretella soggiungeva così: "Accolgo con entusiasmo l'invito rivoltomi per la presentazione della monografia del dott. Danise elaborata sull'interessantissimo tema del risarcimento del danno nel rapporto di lavoro, tema tutt'altro che pacifico e scontato.

Infatti, l'applicazione pratica degli istituti che daranno vita alle fonti del risarcimento è stata e, con tutta probabilità, ancora sarà oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, come avviene per qualsiasi altra tematica di interesse giuridico.

Al riguardo, mi preme evidenziare come il lavoro del dott. Danise risulti una mirabile sintesi di dottrina e giurisprudenza raccolta sul tema e come la monografia risulterà un prezioso ausilio di rapida consultazione per i giuslavoristi.

Una sorta di vademecum elaborato per il tema del risarcimento del danno per il lavoratore, capace di offrire rapidamente all'operatore gli orientamenti salienti e per muoversi entro linee-guida affidabili e principalmente oggettive.

[...] Il maggior pregio della monografia alla nostra attenzione è il taglio operativo che la stessa rileva.

Tutti gli istituti esaminati dalla monografia postulano, ovviamente, un inadempimento datoriale dal quale discende danno al lavoratore e, dunque, il diritto ad essere risarcito.

Si va dall'inadempimento, per così dire più lieve, qual è la risoluzione senza preavviso, alla situazione più rilevante del cd. danno differenziale [...]. Molta attenzione la monografia riserva al diritto al risarcimento derivante dal licenziamento, esponendo una generosa e completa elencazione di tutte le ipotesi espulsive patologiche a danno del lavoratore, quali il licenziamento nullo (ad esempio il licenziamento a causa di matrimonio o a causa di maternità), il licenziamento inefficace, qual è quello orale, il licenziamento illegittimo, in assenza di giusta causa o giustificato motivo oggettivo.

Per ognuna delle predette ipotesi, come meglio ci dirà lo stesso autore, è previsto un risarcimento, talvolta determinato con criteri legali, talvolta quantificati dal giudice.

Particolare interesse suscita la questione trattata sul danno da demansionamento, poiché l'argomento offre la possibilità di cogliere l'evoluzione (o meglio forse l'involuzione) della norma che presiede alla relativa tutela.

In particolare, l'autore evidenzia come l'originaria norma del divieto di demansionamento contemplato dall'art. 2013 c.c. sia stata profondamente modificata dal d.lgs. n. 81/2015, attuativo del jobs act, norma che ha, di fatto, come lo stesso autore osserva, "incrementato le ipotesi derogatorie al predetto divieto".

In pratica, mentre prima della citata riforma il diritto a conservare l'originaria mansione per la quale il lavoratore era stato assunto era assoluto, dopo la riforma tale diritto risulta fortemente affievolito, per tutte le ragioni esposte nella monografia, di cui il dott. Danise di qui a poco compiutamente ci dirà.

Particolarmente piacevole ed interessante risulta, poi, il percorso giurisprudenziale, tracciato nella monografia, della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione a partire dal 1986 al 2003, periodo durante il quale è venuto a fiorire il principio secondo cui la violazione dei diritti inviolabili inerenti alla persona configura un caso determinato dalla legge che dà titolo all'interessato ad ottenere la riparazione del danno non patrimoniale. Tutto ciò assume massimo interesse se solo si consideri che l'ordinamento, prima dell'affermazione di tali principi giurisprudenziali, consentiva il ristoro del danno non patrimoniale solo se il fatto fosse penalmente rilevante.

Dalla monografia ci viene, inoltre, un preziosissimo aiuto per quel che attiene la problematica del mobbing, poiché l'autore ci avverte, con molto

realismo e con dovizia di particolari di rilievo giuridico-scientifici, di quante difficoltà si incontrino per coltivare un'azione di mobbing, tenuto conto della molteplicità e del concatenamento dei requisiti e dei presupposti che devono coesistere nella relativa azione giudiziaria (figura, peraltro, quella del mobbing non definita esplicitamente dall'ordinamento).

Interessante è, poi, l'inquadramento dei tipi di responsabilità che l'autore individua nella condotta mobbizzante, poiché, egli qualifica tale responsabilità come aquilana ex art. 2043 c.c., ma anche quella contrattuale ex art. 2087 c.c., nonché ex art. 2049 c.c., ove il mobbing venisse consumato da altri compagni di lavoro (mobbing orizzontale). I due tipi di responsabilità, quella extracontrattuale e quella contrattuale ben potrebbero, dunque, coesistere, ovvero essere invocate alternativamente, tenendo presente che nei casi di cui all'art. 2043 c.c., l'onere probatorio è a carico del creditore (oltre ai differenti termini prescrizione). Il danno da mobbing viene inquadrato tra quelli non patrimoniali (pur sempre risarcibile per come l'autore ha chiarito), qualificandolo sulla scorta degli oneri economici affrontati dal mobbizzato e per il resto (danno biologico, morale, esistenziale) ex art. 1226 c.c. in via equitativa. Accanto a tale forma di ristoro, vi è poi quella della tutela in forma specifica, ovvero la reintegrazione nella mansione della quale il lavoratore era stato privato.

Il capitolo riservato al risarcimento dal danno alla salute patito dal lavoratore in esecuzione della propria obbligazione offre al lettore notevole panorama sulla dinamica degli eventi dannosi che vanno dalle lesioni, alla morte, con relative conseguenze risarcitorie.

L'opera in esame dedica molto sforzo e molta cura alla normativa che disciplina i contratti di lavoro a termine, una innovazione socio-giuridica, si è detto, resasi necessaria dai tempi, ma, come è ben noto, tale situazione ha precarizzato in buona parte il mondo del lavoro ed, ancor peggio, ha prodotto, in particolare nelle nuove generazioni, un senso di precarietà della stessa vita, un clima nel quale si fa fatica a progettare un futuro credibile. Auguriamoci, perciò, un'inversione di tendenza, che tragga il suo fondamento dalla rinascita economica, in cui nuova tecnologia e progresso scientifico trovi il tempo di riconsiderare l'uomo, che rimane ancora il primo motore di ogni evoluzione".

L'avv. Mario Cretella, quindi, cedeva la parola al dott. Gustavo Danise, che in maniera autorevole e dinamica, senza mai tediare la platea, ripercorrevva i punti salienti delle maggiori problematiche dell'argomento oggetto dell'evento formativo e trat-

tate nel suo libro.

Il dott. Gustavo Danise sottolineava di aver voluto privilegiare nella sua monografia, destinata agli avvocati, quegli istituti che presentavano maggiore contenzioso nelle aule di tribunale.

L'insigne magistrato, quindi, passava a puntualizzare quanto di seguito si cercherà di sintetizzare. Il credito che può vantare il lavoratore danneggiato è diverso da quello di qualsiasi cittadino danneggiato.

Esistono, infatti, vistose e profonde deviazioni nel risarcimento del danno in materia di diritto del lavoro rispetto a quello che è oggetto di un giudizio civile.

Tali deviazioni sono determinate dalla figura e dagli interessi sociali che sono rappresentati dalla categoria dei lavoratori.

Nel caso in cui il danneggiato sia un lavoratore, che abbia subito un inadempimento contrattuale, il legislatore, volendo tutelare il lavoratore, considerato come una categoria debole e svantaggiata, sia sotto il profilo sociale che economico rispetto al datore di lavoro, lo agevola, lo aiuta.

In pratica, il legislatore offre al lavoratore una serie di strumenti per cui il ricorso e l'accesso alla misura risarcitoria risulta molto più snella rispetto a quella prevista per un normale creditore privato di fronte all'inadempimento contrattuale altrui. Nell'ipotesi, ad esempio, di licenziamento nullo perché discriminatorio, alla reintegrazione in forma specifica (art. 2058 c.c.) si affianca una tutela risarcitoria per equivalente (art. 2058 comma 2 c.c.) per il periodo pregresso.

Orbene, mentre un normale creditore dovrebbe dimostrare il danno patrimoniale ricevuto e compiere anche un'attività istruttoria, avvalendosi magari di CTU e di testimoni, in materia di lavoro, invece, è il legislatore stesso che "predetermina" la misura del risarcimento.

Il legislatore individua le causali del risarcimento e la misura del risarcimento, esonerando il lavoratore, sostanzialmente, anche dall'onere di dover provare il danno patrimoniale che ha subito.

Inoltre, contrariamente a quanto si verifica in caso di normale credito da inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, con l'art. 437 c.c., il legislatore, a monte, predetermina già la possibilità che la somma spettante al lavoratore debba essere comprensiva anche di rivalutazione monetaria. Esiste, pertanto, nel nostro ordinamento uno statuto normativo altamente protettivo per i lavoratori.

Nell'ipotesi sopra richiamata, dunque, del licenziamento nullo-discriminatorio, il lavoratore deve semplicemente dimostrare l'atto del licenziamento, mentre tutto il piano probatorio si sposta in capo al datore di lavoro.

Ecco che, laddove il giudice del lavoro dovesse riscontrare l'illiceità dell'atto espulsivo, il lavoratore avrebbe già la possibilità di ottenere il risarcimento nella forma precisata dal legislatore.

Il principio è che quanto più l'interesse del lavoratore è di livello costituzionale, tanto più interviene il legislatore in funzione protettiva a favore della categoria dei lavoratori.

Il principale interesse sociale del lavoratore di livello costituzionale ed immediato è la retribuzione (artt. 2 e 4 Cost.).

Come è noto, l'indennità che viene corrisposta a seguito di un licenziamento nullo-discriminatorio deve essere minimo pari a cinque mensilità.

La giurisprudenza maggioritaria ha affermato che questa indennità sia una misura omnicomprensiva del risarcimento del danno.

Il problema che si è posto è se è possibile da parte del lavoratore invocare ulteriori voci risarcitorie oltre a quella del danno patrimoniale (ad esempio il danno esistenziale da inattività).

La giurisprudenza sul punto appare possibilista. Tuttavia, in questo caso, l'onere della prova dovrà essere assolto secondo i criteri ordinari di cui all'art. 2697 c.c., ad esempio attraverso una CTU che dovrebbe dimostrare il danno biologico (il cd. stato ansioso depressivo di tipo reattivo).

In tema di licenziamento, un problema grossissimo è rappresentato dall'onere della prova.

Ad esempio, in caso di licenziamento discriminatorio, il lavoratore dovrebbe fornire la prova di essere stato licenziato per motivi discriminatori (ad esempio, perché simpatizzante per un partito politico e per tale motivo divenuto invisibile al datore di lavoro che lo licenzia).

Per giurisprudenza, spetterebbe al lavoratore l'onere di dimostrare che il licenziamento è discriminatorio.

Rappresenta questa una chiara situazione di *probatio diabolica*, nel senso che è difficile e complesso riuscire a provare qualcosa che sia nell'animo di un'altra persona.

La giurisprudenza ha rimeditato il proprio orientamento, sicché in numerose sentenze, benché l'onere della prova rimanga a carico del lavoratore, esso è semplificato attraverso il ricorso a presunzioni semplici.

Nell'esaminare macro-argomento del demansionamento, giova ricordare che attualmente la normativa stabilisce che nessun lavoratore possa essere adibito a mansioni inferiori a quelle previste nella categoria in cui è inquadrato.

Il legislatore, quindi, ha sostituito il criterio delle mansioni, che è quello di più immediata riferibilità del lavoratore in azienda, con quella della categoria di appartenenza.

Con la conseguenza che se, in sede di contratta-

zione collettiva, venissero previsti nell'ambito di una stessa categoria o qualifica delle mansioni diverse, di cui l'una possa essere oggettivamente apprezzata come inferiore all'altra, l'atto del datore di lavoro, che adibisse il lavoratore a questa mansione più dequalificante rispetto a quella per cui fu assunto, comunque sarebbe valido.

Inoltre, sono state previste nuove causali in cui il demansionamento è legittimo: - se è previsto dai contratti collettivi; - se è frutto di un accordo individuale tra lavoratore e datore di lavoro garantito ai sensi dell'art. 2103 c.c.

Da tanto, è evidente che rispetto al passato lo spazio per demansionamento come illecito contrattuale è molto ridotto.

Il demansionamento dovrebbe alleggerire il lavoratore. Si tratta, come è ovvio, di una prova abbastanza semplice. Pertanto, in concreto, dovrebbe essere il datore di lavoro a provare il contrario.

Se questa prova non viene offerta dal datore di lavoro, vi è lo spazio per il risarcimento, oltre alla reintegrazione nelle mansioni precedentemente svolte.

Chi deve provare il danno?

Con alcune sentenze la Cassazione ha affermato che il danno da demansionamento è un danno *in re ipsa*.

Secondo altre pronunce, invece, il lavoratore danneggiato, secondo l'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova, dovrebbe dimostrare il danno.

A derimere il suddetto contrasto, sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza 6572/2006, ove si è accordata preferenza al secondo dei due orientamenti.

Quanto alle misure del risarcimento, rispetto al passato la giurisprudenza consente al lavoratore un vasto bagaglio di voci risarcitorie.

Si va da un risarcimento del danno patrimoniale a un danno da perdita di professionalità.

In tale danno si inquadrebbe anche la tipologia del danno da perdita di chance professionale.

Per alcuni autori ed alcune pronunce la perdita di chance sarebbe la perdita di un'occasione.

Secondo altri autori ed altre pronunce sarebbe un'occasione persa.

A seconda dell'adozione della prima o della seconda soluzione, la chance diviene un danno emergente ovvero un lucro cessante, con le ovvie conseguenze risarcitorie.

Quanto al mobbing, il dott. Danise precisava che allo stato attuale esso è una figura di illecito che la giurisprudenza considera come illecito aquiliano. Si tratta di un illecito abituale che necessariamente deve comporsi di una serie di condotte tutte con finalità mobbizzante.

Il mobbing genera nel lavoratore un disagio men-



tale che lo induce, in alcuni casi, a dimettersi. Una volta dimostrato l'esistenza del mobbing, esso consente il risarcimento del danno (morale, biologico esistenziale) e sarà la CTU a quantificare l'entità del risarcimento.

A parere del dott. Danise, ampiamente condiviso - per onestà intellettuale e non certamente per opportunismo - dalla platea dei giuslavoristi presenti, sia per quanto riguarda il mobbing che per i danni da infortunio sul lavoro, la responsabilità del datore di lavoro è sicuramente contrattuale e trova il suo fondamento nell'art. 2087 c.c., sebbene la Cassazione, tante volte, ha ritenuto di ricondurre la responsabilità del datore di lavoro al principio del *neminem ledere*, per cui per la Cassazione l'illecito datoriale andrebbe inquadrato nell'art. 2043 c.c.

Per la liquidazione del danno si utilizzano in quasi tutti i tribunali le tabelle milanesi.

Altro importante argomento affrontato dal dott. Danise è rappresentato dal danno alla salute, che si snoda attraverso l'esame del danno da infortunio sul lavoro, del danno *in itinere*, del cd. danno differenziale, del danno da perdita della vita, ed, infine, del danno terminale e catastrofale.

In tema di danno alla salute, l'art. 2087 c.c. assume una funzione centrale, oltre che di chiusura del sistema di protezione del lavoratore sui luoghi di lavoro.

L'art. 2087 c.c., infatti, pone a carico del datore di lavoro un vero e proprio obbligo di protezione del lavoratore oppure un obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro.

In alcuni casi, tuttavia, l'iper-protezione dello stato del lavoratore offre al lavoratore stesso la

possibilità di debordare e di abusare.

Ad esempio, la violazione del contratto di lavoro a termine comportava l'inefficacia del termine apposto al contratto, con la conseguenza che il contratto stesso dovesse intendersi a tempo indeterminato. Purtroppo, tale struttura iper-protettiva per il lavoratore presentava delle falle che consentivano delle situazioni di abuso a favore del lavoratore e contro il datore di lavoro (come verificatosi nel noto caso dei numerosi contenziosi instaurati dai trimestrali di Poste Italiane).

In pratica, la legge dava ai lavoratori la possibilità di poter abusare di tale posizione.

Prima ancora del legislatore, è intervenuta la Giurisprudenza, per tentare di lenire, almeno parzialmente, le conseguenze sfavorevoli che i datori di lavoro (come Poste italiane) subivano rispetto a questi comportamenti abusivi dei lavoratori a tempo determinato.

Si notano, infatti, sentenze che stabiliscono che se il lavoratore agisce dopo troppo tempo dalla cessazione del contratto di lavoro a termine ovvero a ridosso dei cinque anni prescrizione, ha perso l'interesse al lavoro.

Successivamente, con il Collegato al Lavoro, il legislatore ha posto un argine a tali condotte. Il dott. G. Danise, dunque, illustrava brillantemente i macro-argomenti contenuti nella sua opera, che, però, è ricca di ulteriori utilissimi approfondimenti giurisprudenziali e di spunti pratici su aspetti anche più specifici e particolari inerenti al vastissimo tema del risarcimento del danno nel rapporto di lavoro, contribuendo con semplicità ed immediatezza all'arricchimento professionale dei fortunati partecipanti al convegno.

## Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

### NEWS DALLA CASSA FORENSE

#### DatAvvocato, si parte. La banca dati giuridica realizzata in esclusiva dal Gruppo 24Ore per Cassa Forense è on line

Contenuti aggiornati e motore di ricerca innovativo.

È on line DatAvvocato, il servizio di banca dati giuridica realizzata in esclusiva dal Gruppo 24Ore per Cassa Forense. DatAvvocato, presentata in occasione della Convention nazionale dell'Ente di previdenza e assistenza degli avvocati italiani dal presidente Nunzio Luciano, dall'amministratore delegato del Gruppo 24Ore Franco Moscetti e dal direttore del Sole 24Ore Guido Gentili, è un servizio che viene erogato da Cassa Forense gratuitamente agli oltre 240 mila avvocati italiani.

I contenuti di DatAvvocato sono stati strutturati ed organizzati per rispondere alle esigenze documentali di base del mondo legale. Già nella home page del prodotto l'avvocato può trovare le principali informazioni e le novità utili per la professione in materia di Diritto Civile, Diritto Penale, Diritto Amministrativo, Diritto Tributario, Diritto Comunitario e Internazionale, Professione. Il cuore del prodotto è rappresentato dalla banca dati giuridica, che ospita la normativa nazionale, regionale e comunitaria, nonché la prassi: oltre 1.400.000 documenti di legislazione nazionale, regionale, comunitaria e prassi il cui aggiornamento è garantito entro le 24 ore dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Legislazione e prassi sono organizzate mediante indici per argomenti ed indici cronologici, un'organizzazione dei contenuti adatta per individuare i documenti più importanti per l'argomento selezionato.

Una sezione specifica è dedicata ai principali codici istituzionali (Codice Civile, Codice di Procedura Civile, Codice Penale e Codice di Procedura Penale) ed a 32 Testi Unici. Sempre nella banca dati è presente una selezione delle massime e delle sentenze integrali più importanti, organizzate mediante un indice per argomenti composto da oltre 1.500 voci.

La banca dati si avvale di un innovativo motore di ricerca, la cui peculiarità è la possibilità di avere risultati puntuali, grazie anche ad un'analisi semantica del testo ed una moderna ricerca guidata che permette di cercare la documentazione per parola, per tipologia documentale e per arco temporale, il tutto rendendo veloce, agevole ed

efficace qualunque consultazione.

Il servizio banca dati giuridica "DatAvvocato" è accessibile dall'home page del sito della Cassa Forense, tramite la voce della barra di menu principale denominata "banca dati", inserendo il codice meccanografico e il codice fiscale dell'iscritto.

#### Cassa Forense: bando prestiti agli iscritti under 35, scadenza 31/10/2017

##### Bando di concorso Servizio di prestiti agli iscritti

#### Premessa

Cassa Forense, nell'ambito delle prestazioni a sostegno della professione previste nel nuovo regolamento per l'erogazione dell'assistenza, in vigore dal 1° gennaio 2016, ha avviato una iniziativa in favore dei giovani avvocati infratrentacinquenni, iscritti alla Cassa, che permetta loro, nei primi anni di esercizio dell'attività professionale, di accedere al mercato del credito, beneficiando dell'intervento da parte dell'Ente per l'abbattimento al 100% degli interessi passivi e per gli aspetti legati alla garanzia per l'accesso al credito. Il servizio di prestiti in favore degli iscritti, di durata biennale (1/12/2016 - 30/11/2018), è stato affidato, all'esito della procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 d.lgs. 163/2006, oggi art. 63 d.lgs. 50/2016, a Banca Popolare di Sondrio (delibera del Consiglio di Amministrazione del 5/7/2016).

#### Art. 1

#### Oggetto

La Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, ai sensi dell'art. 14, lett. a4) del regolamento per l'erogazione dell'assistenza, indice, come da delibera adottata dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 7/3/2017, un bando per l'erogazione di prestiti agli iscritti alla Cassa riguardante agevolazioni per l'accesso al credito, tramite interventi per l'abbattimento degli interessi su finanziamenti finalizzati all'allestimento ed al potenziamento dello studio legale. Il servizio, affidato a Banca Popolare di Sondrio, prevede la possibilità per i richiedenti, entro il plafond di cui al successivo art. 4, di beneficiare di un abbattimento al 100% degli interessi passivi relativi al prestito stesso che verranno versati dalla Cassa all'Istituto di credito e della garanzia fidejussoria prestata dall'ente per coloro che abbiano dichiarato un reddito professionale inferiore ad euro 10.000,00. L'importo erogabile in conto capitale agli iscritti da parte della Banca non potrà superare complessivamente il limite di euro 10.000.000,00 annuo.

**Art. 2****Beneficiari**

Hanno titolo per beneficiare dell'iniziativa gli iscritti alla Cassa, esclusi i praticanti, che non abbiano compiuto il 35° anno di età alla data di presentazione della domanda.

**Art. 3****Requisiti di ammissione**

Per l'ammissione al bando il richiedente:

- deve essere in regola con le prescritte comunicazioni reddituali alla Cassa (modelli 5);
- deve aver dichiarato, nell'ultimo modello 5, un reddito professionale non superiore ad euro 40.000,00;
- non deve aver compiuto il 35° anno di età alla data di presentazione della domanda;
- deve essere iscritto alla Cassa da almeno due anni, compresi eventuali periodi di praticantato. Il contributo sugli interessi è previsto esclusivamente in regime di iscrizione a Cassa Forense; qualora, pertanto, per qualsiasi ragione, intervenga la cancellazione dalla Cassa il contributo viene meno ed il professionista dovrà provvedere al pagamento integrale degli interessi derivanti dal prestito ottenuto a decorrere dalla prima rata non ancora corrisposta o all'immediato rimborso del credito residuo.

**Art. 4****Importo erogabile e caratteristiche del prestito**

L'intervento della Cassa per i prestiti erogati sulla base del presente bando consiste, fino ad esaurimento del fondo stanziato di seguito indicato, nell'abbattimento del 100% degli interessi passivi in favore di tutti gli iscritti alla Cassa e nella garanzia fidejussoria limitatamente ai professionisti con reddito dichiarato nell'ultimo modello 5 inferiore ad euro 10.000,00.

Le caratteristiche del prestito sono:

- un tasso nominale annuo fisso pari all'IRS lettera di periodo corrispondente alla durata del prestito concesso (ovvero uno, due, tre, quattro e cinque anni) maggiorato di uno spread pari al 3,25%;
- un limite minimo di capitale concesso in prestito pari ad euro 5.000,00 ed un massimo pari ad euro 15.000,00 per iscritto;
- una durata di 12, 24, 36, 48 o 60 mesi;
- la periodicità rata mensile;
- spese di istruttoria *una tantum* pari ad euro 40,00 a carico del richiedente;
- spese di incasso rata pari ad euro 1,75 per ogni rata a carico del richiedente;
- estinzione anticipata possibile in qualsiasi momento senza l'applicazione di alcuna penale;
- delibera a insindacabile giudizio di Banca

Popolare di Sondrio;

- oneri fiscali, all'atto dell'erogazione sarà trattata, in ottemperanza al DPR 601/73, l'imposta sostitutiva pari allo 0,25% del capitale erogato. Per l'attuazione di quanto stabilito nel presente bando è stato previsto uno stanziamento annuo da parte della Cassa, pari, per l'anno 2017, ad euro 1.500.000,00 per il pagamento degli interessi passivi relativi all'intera durata del prestito.

**Art. 5****Domanda - Termini e modalità di invio**

La richiesta di prestito, deve essere inviata entro il 31/10/2017, a pena di inammissibilità, alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense esclusivamente tramite l'apposita procedura on line attivata sul sito internet della Cassa ([www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it)). Non sono ammesse domande presentate con modalità e /o canali diversi.

Unitamente alla domanda il richiedente dovrà produrre, sempre con modalità telematica, una autocertificazione in cui vengano indicate le finalità del prestito come evidenziate nella premessa del bando.

Cassa Forense, comunque, si riserva di verificare, anche a posteriori, la veridicità delle dichiarazioni presentate.

Le richieste verranno evase in ordine di data di presentazione della domanda e fino ad esaurimento dei fondi stanziati per ciascun anno solare.

**Art. 6****Disposizioni finali**

I richiedenti ammessi all'iniziativa dovranno sottoscrivere, a pena di decadenza, il relativo contratto di prestito con Banca Popolare di Sondrio entro i 60 giorni successivi alla comunicazione di ammissione al beneficio di cui al presente bando. Il presidente avvocato Nunzio Luciano

## NEWS DAL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

### Ultime sentenze del Consiglio Nazionale Forense in materia deontologica

#### Incompatibile con la professione forense l'avvocato che sottragga al cliente l'indennizzo ricevuto dall'assicurazione

Viola i principi di probità, dignità, decoro, lealtà, correttezza e fedeltà, con notevole detrimento all'onorabilità e alla funzione sociale dell'intera

classe forense, l'avvocato che, nell'espletamento del mandato conferitogli per ottenere il risarcimento di un danno, rappresenti e corrisponda al proprio assistito una somma inferiore a quella ottenuta della controparte, trattenendo per sé il resto, così procurandosi un ingiusto profitto. (Nel caso di specie, trattavasi di indennizzo assicurativo da sinistro stradale. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della radiazione). Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Orlando), sentenza del 10 maggio 2017, n. 54

#### La responsabilità per fatto di associati, collaboratori e sostituti

L'avvocato è personalmente responsabile per condotte, determinate da suo incarico, ascrivibili a suoi associati, collaboratori e sostituti, salvo che il fatto integri una loro esclusiva e autonoma responsabilità (art. 7 ncdf). (Nel caso di specie, trattavasi di missiva inviata direttamente alla controparte assistita da legale, in ipotesi estranee a quelle consentite dall'art. 41 ncdf, ma il professionista aveva invocato un esonero di responsabilità disciplinare asserendo che, di fatto, la pratica era seguita da un suo collega di studio). Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 29 aprile 2017, n. 49.

#### Illecito intimidire la controparte al fine di indurla a desistere o transigere

Integra illecito deontologico il comportamento dell'avvocato che, in violazione del divieto di cui all'art. 41 ncdf (già art. 27 cdf), indirizzi la propria corrispondenza direttamente alla controparte, che sappia assistita da un collega, prospettandole asseriti pregiudizi economici al fine di indurla a desistere o transigere la controversia. (Nel caso di specie, l'avvocato aveva scritto direttamente alla propria controparte, pur sapendola assistita da un legale, intimidendole di soppesare con molta prudenza la propria posizione). Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 29 aprile 2017, n. 49.

#### L'intempestiva fatturazione dei compensi percepiti

L'avvocato ha l'obbligo, sanzionato dall'art. 16 ncdf (già art. 16 codice previgente), di emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione dei compensi, restando irrilevante l'eventuale ritardo nell'adempimento in parola, non preso in considerazione né dal codice deontologico né dalla legge statale (DPR 633/72). Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Caia), sentenza del 4 aprile 2017, n. 41.

#### L'omessa restituzione della documentazione al cliente

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

Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Caia), sentenza del 4 aprile 2017, n. 41.

#### La richiesta di un compenso sproporzionato

L'avvocato che richieda un compenso manifestamente sproporzionato e comunque eccessivo rispetto all'attività documentata, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante perché lesivo del dovere di correttezza e probità, a nulla rilevando ai fini della responsabilità disciplinare, l'eventuale assenza di dolo o la circostanza per cui il cliente abbia corrisposto la somma richiestagli.

Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Caia), sentenza del 4 aprile 2017, n. 41.

#### Gli adempimenti antiriciclaggio per gli avvocati

Il 4 luglio 2017 è entrato in vigore il d.lgs. 90 del 25.5.2017, di recepimento della Direttiva UE 2015/849. La scelta del Governo è stata quella di sostituire integralmente il testo del decreto 231/2007, senza abrogarlo (d'ora innanzi la legge antiriciclaggio).

Le novità più rilevanti per gli avvocati riguardano: l'abolizione dell'obbligo di tenuta del registro dei clienti, fermo restando l'obbligo di conservazione, tra gli altri, dei documenti di identificazione; una più ampia applicazione del principio dell'approccio basato sul rischio; una revisione del sistema sanzionatorio; una rivisitazione della struttura dell'adeguata verifica della clientela, con particolare riguardo ai soggetti diversi dalle persone fisiche.

Si riportano di seguito le FAQ aggiornate al 14/07/2017 dalla Commissione Antiriciclaggio del Consiglio Nazionale Forense.

#### Domande e risposte

##### 1. Cosa è il "riciclaggio"?

Il riciclaggio è un fenomeno complesso ed una fattispecie di reato, penalmente sanzionata. Nel linguaggio corrente il riciclaggio viene individuato come il "riciclaggio di denaro sporco", sul modello dell'analoga fattispecie criminosa dei

paesi di *Common Law*, il così detto *money laundering*. È sostanzialmente una forma "elaborata" di ricettazione, finalizzata a reintrodurre nel sistema economico i proventi illecitamente conseguiti con precedenti attività criminali.

Riciclare significa essenzialmente "ripulire", "lavare", soldi, profitti o beni che sono "sporchi", perché frutto di attività illecite.

Questa "attività di lavaggio" si concretizza tecnicamente nel sostituire o trasferire danaro, beni o altra utilità provenienti da delitto colposo, ovvero nel compiere altre operazioni che siano tese ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Ai sensi quindi della legge antiriciclaggio il riciclaggio è il reimpiego dei profitti derivanti da attività delittuose, in attività lecite di carattere commerciale e finanziario, ovvero finalizzate al finanziamento del terrorismo.

Per antiriciclaggio si intende l'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio di danaro, beni o altre utilità da effettuarsi da parte dello Stato anche con la obbligatoria collaborazione degli avvocati nei casi previsti dalla legge antiriciclaggio.

## 2. Qual è la definizione di riciclaggio contenuta nella legge antiriciclaggio?

Ai sensi dell'art. 2 comma 4 della legge antiriciclaggio costituiscono "riciclaggio" le seguenti azioni, compiute anche al di fuori dell'Italia:

- conversione o trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;
- occultamento o dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
- acquisto, detenzione o utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
- partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione.

## 3. Quando le disposizioni antiriciclaggio si applicano agli avvocati?

Le disposizioni - ai sensi dell'art. 3, comma 4 lett. c) della legge antiriciclaggio - si applicano agli avvocati solo quando:

- compiono in nome o per conto del proprio cliente qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare, o

- assistono il proprio cliente nella predisposizione o realizzazione di operazioni\* riguardanti:

il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche; la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;

l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;

l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;

la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi.

\* (Per operazione si intende: l'attività consistente nella movimentazione, nel trasferimento o nella trasmissione di mezzi di pagamento o nel compimento di atti negoziali a contenuto patrimoniale; costituisce operazione anche la stipulazione di un atto negoziale, a contenuto patrimoniale, rientrante nell'esercizio dell'attività professionale o commerciale).

## 4. Quali sono le principali fonti normative?

La principale fonte normativa è rappresentata dalla legge antiriciclaggio (d.lgs. 231/2007) come modificata dal d.lgs. 90/2017 che è entrata in vigore il 4 luglio 2017.

Un altro provvedimento di assoluto rilievo in materia è rappresentato dal Decreto Ministeriale 16 aprile 2010 emesso dal Ministero della Giustizia: sono i cd. Indicatori di Anomalia, che si rivolgono specificatamente agli avvocati. Rilevanti sono anche i cd. Schemi di Anomalia. Su entrambi ci soffermeremo più avanti. In forza dell'art. 9 del d.lgs. 90/2017 le disposizioni emanate dalle autorità di vigilanza di settore, ai sensi di norme abrogate e sostituite per effetto del decreto stesso, continuano a trovare applicazione sino al 31.3.2018.

## 5. Le disposizioni antiriciclaggio introducono particolari obblighi in capo agli avvocati: in sintesi, quali sono?

In estrema sintesi:

l'obbligo di identificazione del cliente e del cd. "titolare effettivo" (sul quale ci soffermeremo più avanti);

l'obbligo di conservazione dei dati relativi al cliente ed all'operazione;

l'obbligo di effettuare l'adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo;

l'obbligo di astenersi dall'effettuare l'operazione in presenza di impossibilità di effettuare l'adeguata verifica del cliente o del titolare effettivo;

l'obbligo di effettuare una segnalazione all'Unità di Informazione Finanziaria ("UIF") istituita



presso la Banca di Italia, qualora l'avvocato sappia, sospetti o abbia motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;

l'obbligo di formazione del personale e dei collaboratori;

l'obbligo di segnalare al Ministero dell'Economia trasferimenti di denaro contante effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi per importi pari o superiori a 3.000,00 euro l'obbligo di adottare presidi e procedure, adeguati alla natura e alla dimensione dello Studio, al fine di mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

## 6. L'obbligo di identificazione del cliente ha dei connotati particolari?

L'identificazione consiste nella verifica - tramite il controllo di un documento d'identità valido e non scaduto - dell'identità del cliente e del soggetto per conto del quale egli eventualmente operi (il cd. titolare effettivo). Nel caso del cittadino extracomunitario sfornito di documento di identità, l'identificazione può essere fatta tramite il permesso di soggiorno oppure il titolo di viaggio per stranieri rilasciato dalla Questura.

L'obbligo di identificazione scatta:

relativamente al cliente riguardo al quale la prestazione fornita abbia ad oggetto mezzi di pagamento, beni od utilità di valore superiore a 15.000,00 euro o comporti la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari e superiore a 15.000, 00 euro, anche mediante più operazioni che appaiono tra loro collegate per realizzare un'operazione frazionata; in presenza di operazioni finanziarie;

in presenza di operazioni di valore indeterminato o non determinabile;

nel caso di costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o strutture analoghe; quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

L'obbligo di identificazione deve essere assolto in tutti i casi in cui sussiste l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette.

Infine, se il cliente opera in nome o per conto di

una società o di un ente, l'avvocato deve verificare il potere di rappresentanza.

## 7. Cosa si intende per titolare effettivo?

L'art. 1, comma 2 lett. pp) della legge antiriciclaggio indica come titolare effettivo:

"La persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è instaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita."

Nel caso in cui il cliente sia persona diversa dalla persona fisica, il titolare effettivo coincide con la persona fisica, o con le persone fisiche cui in ultima istanza è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo.

Nel caso in cui il cliente sia una società di capitali:

- costituisce indicazione di proprietà diretta la titolarità di una partecipazione superiore al 25% del capitale del cliente, detenuta da persona fisica;
- costituisce indicazione di proprietà indiretta la titolarità di una percentuale superiore al 25% del capitale del cliente, posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie, o per interposta persona.

Qualora l'applicazione dei criteri sopra indicati non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari di poteri di amministrazione o direzione della società. La ricerca del titolare effettivo risponde ad un criterio di ricerca della persona fisica che ha il controllo sostanziale della "entità giuridica", cioè del veicolo societario al quale viene resa la prestazione professionale dell'avvocato, traccia delle verifiche effettuate per l'individuazione del titolare effettivo.

## 8. Se l'avvocato, dopo una prima consultazione, decide di non accettare l'incarico è comunque tenuto al rispetto delle norme?

No. Se il rapporto professionale non si concretizza e si perfeziona, il soggetto che si presenta avanti all'avvocato per richiederli la propria prestazione professionale, non è "cliente", ai sensi della definizione espressamente prevista nella legge antiriciclaggio.

## 9. Chi è il cliente?

La legge antiriciclaggio definisce - all'art. 1 lettera

f il cliente come "il soggetto che instaura rapporti continuativi, compie operazioni ovvero richiede ed ottiene una prestazione professionale a seguito del conferimento di un incarico".

**10. Quando va effettuata l'identificazione del cliente?**

L'identificazione deve essere effettuata prima dell'instaurazione del rapporto continuativo o del conferimento dell'incarico per lo svolgimento di una prestazione professionale, ovvero prima dell'esecuzione di un'operazione occasionale.

**11. Vi sono degli obblighi in capo al cliente?**

Si. Ai sensi dell'art. 22: "I clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti obbligati di adempiere agli obblighi di adeguata verifica".

**12. Con quale modalità va realizzata l'identificazione del cliente?**

È richiesto:

un documento di identità valido, al momento in cui la prestazione professionale viene svolta a favore del cliente, e la presenza fisica del cliente. La presenza fisica non è necessaria, tra gli altri, per il cliente già precedentemente identificato dall'avvocato, purché le informazioni siano aggiornate ed adeguate rispetto allo specifico profilo di rischio del cliente;

i cui dati identificativi risultino da atto pubblico, scrittura privata autenticata o da documenti recanti la firma digitale in possesso di identità digitale ex art. 64 Codice dell'Amministrazione Digitale (ad es. il Sistema Pubblico di Identità Digitale) i cui dati identificativi risultino da dichiarazione della rappresentanza e dell'autorità consolare italiana o da altro professionista, residente in un paese U.E., che ha identificato il cliente in applicazione della normativa di recepimento della Direttiva 2001/97.

Infine la presenza del cliente non è necessaria in caso di rilascio di idonea attestazione di previa identificazione da parte di intermediari abilitati, di enti creditizi ed enti finanziari dei paesi membri dell'U.E., e di banche anche estere, che applicano misure equivalenti a quelle della direttiva 2005/60/CE nonché di banche estere e situate in Paesi aderenti al GAFI, cioè il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale.

È possibile e consentito delegare con atto che deve essere scritto l'acquisizione dei dati identificativi ad un collaboratore o ad un dipendente dello studio.

**13. Con quale modalità va identificato il titolare effettivo?**

Per identificare il titolare effettivo l'avvocato può fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti pubblicamente disponibili (ad esem-

pio le visure camerali estratte dal Registro delle Imprese) oppure fare riferimento ad una dichiarazione scritta resa dal cliente in cui quest'ultimo indica - sotto la propria responsabilità - i riferimenti del titolare effettivo (o dei titolari effettivi, se sono più di uno).

L'identificazione del titolare effettivo ha luogo contestualmente all'identificazione del cliente.

**14. Come identifico una società?**

Qualora il cliente sia una società, l'identificazione del cliente ha luogo attraverso la verifica del potere di rappresentanza della persona fisica (o delle persone fisiche) delegate alla firma per l'operazione da svolgere. Come detto in precedenza, l'avvocato dovrà altresì verificare l'identità del titolare effettivo (o dei titolari effettivi).

L'avvocato dovrà controllare i poteri di rappresentanza mediante una visura camerale (o attraverso la copia della procura notarile o dell'atto di nomina degli amministratori, a seconda dei casi) o ancora mediante accesso ad apposita sezione del Registro delle Imprese ove le imprese aventi personalità giuridica sono tenute a comunicare le informazioni relative al titolare effettivo, a seguito del pagamento dei diritti di copia e previo accreditamento.

In base infatti a quanto disposto dall'art. 21 della legge antiriciclaggio e dall'art. 9 del d.lgs. 90/2017 entro il 4 luglio 2018 il Ministero dell'Economia emanerà un decreto con cui saranno disciplinati i dati e le informazioni sulla titolarità effettiva delle persone giuridiche che saranno pubblicate nel Registro delle Imprese, congiuntamente alle modalità con cui tali informazioni dovranno essere rese accessibili.

**15. Cosa si deve fare in caso di un incarico che proviene da un collega?**

In questo caso la legge antiriciclaggio all'art. 27, prevede una procedura semplificata a beneficio dell'avvocato nominato dal collega (ad esempio un domiciliatario): infatti quest'ultimo, in alternativa alle formalità di identificazione ordinarie, potrà ottenere dal collega che conferisce l'incarico un'attestazione in cui il collega mandante attesta di avere lui stesso eseguito gli obblighi previsti in materia di antiriciclaggio congiuntamente ad una copia della documentazione identificativa prevista dalla legge (documento di identità, visura camerale etc.).

L'attestazione deve essere univocamente riconducibile al terzo e deve essere trasmessa dal terzo medesimo al soggetto obbligato che se ne avvale. Nella medesima attestazione è espressamente confermato il corretto adempimento degli obblighi da parte dell'attestante in relazione alle attività di verifica effettuate nonché la coincidenza tra il cliente verificato dal terzo e il soggetto a cui l'at-

testazione si riferisce (art. 27, comma 2).

**16. Esiste ancora l'obbligo di istituzione e compilazione del registro dell'antiriciclaggio?**

No, l'obbligo è stato eliminato, e la mancata tenuta del registro anche per il passato non è più sanzionabile in forza dell'art. 69 della legge che regola la successione delle leggi nel tempo.

**17. In che cosa si concretizzano gli obblighi di conservazione?**

L'avvocato conserva i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, all'interno del singolo fascicolo della pratica.

Per le finalità di cui sopra dovranno pertanto essere conservati i documenti acquisiti in sede di adeguata verifica che consentano di ricostruire:

la data di instaurazione del rapporto continuativo o di conferimento dell'incarico;

i dati identificativi del cliente, del titolare effettivo e dell'esecutore e le informazioni sullo scopo e sulla natura dell'incarico;

la data, l'importo e la causale dell'operazione;

i mezzi di pagamento utilizzati.

**18. Se uno stesso cliente, già identificato, mi conferisce nuovi incarichi devo comunque identificarlo? E devo ancora riportare nell'archivio i dati previsti sopra?**

Una seconda identificazione non è necessaria, a meno che non vi siano aggiornamenti rispetto alle informazioni ricevute in sede di prima registrazione. Dovranno essere peraltro conservate le informazioni relative al nuovo incarico.

**19. Per quanti anni devo conservare i dati?**

I dati e le informazioni sono conservate per 10 anni dalla conclusione della prestazione professionale.

**20. Quali sono le modalità di conservazione dei dati e delle informazioni?**

I dati e le informazioni devono essere conservati nel rispetto delle norme dettate dal codice della privacy, esclusivamente per le finalità di trattamento dell'antiriciclaggio ed in modo tale da evitare qualsiasi perdita di dati e devono garantire: l'accessibilità completa e tempestiva da parte delle autorità che svolgono le indagini;

la tempestiva acquisizione da parte dell'avvocato con indicazione della data di acquisizione;

l'integrità e non alterabilità dei dati anche successivamente all'acquisizione la trasparenza la completezza e chiarezza dei dati.

I dati possono essere conservati anche a mezzo di strumenti informatici.

**21. La conservazione dei dati a mezzo di strumenti informatici può essere affidata dall'avvocato a terzi, ad esempio società di conservazione sostitutiva?**

Si. A condizione che all'avvocato sia assicurato

l'accesso immediato e diretto al sistema di conservazione. In questo caso comunque l'avvocato rimane responsabile dell'adempimento degli obblighi (art. 31, comma 3).

**22. C'è un termine entro il quale si deve assolvere all'obbligo di acquisizione dei dati e delle informazioni?**

L'acquisizione deve essere tempestiva. L'art. 32, comma 2 lettera b) considera tempestiva l'acquisizione effettuata entro 30 giorni dall'instaurazione del rapporto continuativo o dal conferimento dell'incarico per lo svolgimento della prestazione professionale, dall'esecuzione dell'operazione o della prestazione professionale, dalla variazione dalla chiusura del rapporto continuativo o della prestazione professionale.

**23. I documenti ed i dati possono essere conservati in forma cartacea?**

Si, purché sia garantita la integrità dei dati. Secondo quanto previsto dall'art. 34 comma 2, il fascicolo del cliente costituisce idonea modalità di conservazione dei dati e delle informazioni, fermo quanto sopra con riferimento alla necessaria integrità.

**24. I dati raccolti dal cliente al fine dell'identificazione e gli altri dati da conservare sono riconducibili a dati ed informazioni di cui al Codice della privacy?**

Si. Sarà pertanto necessario - ad esempio - prima del trattamento del dato, che l'avvocato rilasci al cliente l'informativa di cui all'art. 13 del Codice della privacy all'interno della quale sarà necessario inserire che i dati forniti potranno essere utilizzati per le finalità previste dalla legislazione in materia di antiriciclaggio.

Si applicheranno altresì gli altri obblighi ed adempimenti previsti dal Codice della privacy in materia di sicurezza e di protezione dei dati personali.

**25. Entro quanto tempo sono tenuto a e rendere accessibili i dati e le informazioni alle autorità?**

Ai sensi dell'art. 32, 2 lett. a) l'accessibilità deve essere completa e tempestiva. È pertanto venuto meno l'obbligo di consegna entro tre giorni.

**26. In che cosa consiste l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette?**

Le disposizioni antiriciclaggio introducono l'obbligo di segnalazione all'Unità di Informazione Finanziaria della Banca d'Italia - l'UIF - di ogni operazione del cliente che per caratteristiche, entità, natura o per qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate induca l'avvocato a sospettarne ragionevolmente - in base agli elementi a sua disposizione, ed altresì tenuto conto della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita - la natura di operazione di riciclaggio o di finanziamento

del terrorismo, almeno tentata, o che i fondi che ne costituiscono oggetto siano di provenienza illecita.

Le disposizioni non sono esenti da criticità applicative, ma che possono e devono essere risolte alla luce della *ratio* della norma. Al di là degli ausili interpretativi e operativi forniti dal legislatore e dall'UIF, di cui diremo più avanti, tale *ratio* si può riassumere in un semplice principio: l'avvocato deve sempre porsi in una condizione di ragionevole "conoscenza" del proprio cliente.

**27. Non faccio l'investigatore privato ma l'avvocato: come posso realizzare un convincimento, basato su elementi induttivi, tale da "denunciare" il mio cliente?**

La normativa non impone certo che l'avvocato si trasformi in investigatore privato. Piuttosto essa pone ed impone all'avvocato un obbligo di continua e adeguata conoscenza del proprio cliente.

In particolare, e più in concreto, l'avvocato deve: utilizzare le informazioni in proprio possesso e che sono quelle evidentemente raccolte e ricevute nell'ambito dell'attività professionale prestata; conoscere pertanto "adeguatamente" il cliente con riguardo:

- 1) alle attività da questo svolte;
- 2) alle sue capacità economiche;
- 3) alle finalità da questo perseguite.

La normativa fornisce quindi un "principio guida" generale, ma importante, ponendo in capo all'avvocato quanto meno una predisposizione ed un'attitudine nuova con riferimento alla necessità di valutare con continuità i rapporti intrattenuti con il cliente. L'avvocato infatti dovrà rilevare "eventuali incongruenze", rispetto alla capacità economiche ed alle attività svolte da quest'ultimo. Un elemento sul quale la legge antiriciclaggio invita a porre particolare attenzione è l'accertamento della qualità di "persona politicamente esposta" in capo al cliente, vale a dire il fatto che il cliente occupi o abbia occupato, in Italia o all'estero, incarichi politici di vertice (quali, tra gli altri, capo di Stato, capo di Governo, parlamentare, membro del c.d.a. di società statali, membro delle corti supreme o delle corti giurisdizionale di ultima istanza, ambasciatore, Sindaco di comune superiore ai 15.000 abitanti, direttore generale di ASL nonché familiari e persone che notoriamente intrattengono con gli stessi rapporti stretti).

**28. Non sono un esperto di riciclaggio: in che misura e come in concreto la nuova normativa mi mette in una posizione tale da poter quanto meno orientarmi ai fini della segnalazione?**

Gli strumenti utilizzabili dall'avvocato sono sostanzialmente quattro:

i principi contenuti nella legge antiriciclaggio; gli Indicatori di Anomalia contenuti nel decreto

ministeriale 16 aprile 2010 (il cd. DM Giustizia); gli Schemi di Anomalia predisposti dall'UIF in relazione a diverse fattispecie;

Le regole tecniche degli organismi di autoregolamentazione nazionali, da emanarsi ai sensi dell'art. 11 della legge antiriciclaggio.

Gli Indicatori di Anomalia si propongono di ricostruire il quadro normativo di riferimento e di fornire una serie di "indici" e di "criteri generali" utili al fine di consentire all'avvocato di porsi consapevolmente di fronte all'assolvimento dell'obbligo di segnalazione. Sono delineate infatti 4 macro-categorie di indicatori di cui si riportano i principali elementi:

Gli indicatori connessi al cliente, ad esempio:

la reticenza o la riluttanza del cliente nel fornire all'avvocato le informazioni per l'identificazione; la inusuale familiarità del cliente con i presidi previsti in tema di adeguata verifica della clientela; registrazione dei dati e segnalazione di operazioni sospette. Gli indicatori connessi alle modalità di esecuzione delle prestazioni professionali, ad esempio:

l'impegno da parte del cliente di disponibilità non coerenti con l'attività svolta dallo stesso; la richiesta di prestazioni non compatibili con il profilo economico patrimoniale o con l'attività del cliente;

la richiesta di consulenza per operazioni di finanza strutturata sui mercati internazionali per esigenze legate ad un'attività commerciale con l'estero di dimensioni contenute; particolarmente rilevante è anche la richiesta di operazioni per conto terzi in assenza di ragionevoli motivi legati al rapporto tra le parti o all'attività esercitata.

Indicatori relativi alle modalità di pagamento dell'operazione, ad esempio:

la proposta di regolare pagamenti mediante strumenti del tutto incoerenti rispetto alla prassi corrente dell'operazione;

l'utilizzo frequente e non giustificato di moneta elettronica non nominativa.

Molto significativa appare anche la proposta del cliente di regolare i pagamenti mediante tecniche di frazionamento del valore economico in assenza di ragionevoli motivi.

Indicatori relativi alla costituzione e amministrazione di società, trust e enti analoghi, ad esempio: il conferimento di incarichi di responsabilità in società a persone sprovviste delle necessarie capacità, con palese preordinazione a disgiungere l'attività decisionale dalla titolarità delle cariche; frequenti ed ingiustificati cambiamenti nella denominazione della società o nella titolarità delle stesse.

Indicatori relativi ad operazioni aventi ad oggetto

beni immobili o mobili registrati, ad esempio: l'acquisto di beni ad un prezzo molto elevato rispetto al profilo economico patrimoniale del cliente in assenza di specifiche esigenze ovvero ad un prezzo sproporzionato rispetto al valore di mercato.

Indicatori relativi ad operazioni contabili e finanziarie, ad esempio:

operazioni aventi come effetto l'occultamento di disponibilità finanziarie o caratterizzate da importi incoerenti rispetto al profilo o all'attività del cliente.

Gli Schemi di Anomalia sono disponibili sul sito internet della Banca d'Italia, all'indirizzo (<http://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia>) e sono costituiti da una serie di provvedimenti relativi a comportamenti anomali in settori particolari o modalità particolari di riciclaggio.

**29. Cosa significa "approccio basato sul rischio"?**

Gli obblighi di adeguata verifica del cliente sono assolti dall'avvocato commisurandoli al rischio associato al tipo di cliente, rapporto continuativo, prestazione professionale richiesta, operazione oggetto dell'incarico.

La legge antiriciclaggio fornisce dei parametri di base da prendere in considerazione per valutare il rischio antiriciclaggio connesso al singolo incarico.

Tali parametri riguardano sia il cliente, sia l'operazione, il rapporto continuativo e la prestazione professionale richiesta. Nel dettaglio i parametri relativi al cliente impongono all'avvocato di valutare:

- 1) la natura giuridica;
- 2) la prevalente attività svolta;
- 3) il comportamento tenuto al momento del compimento dell'operazione o dell'instaurazione del rapporto continuativo o della prestazione professionale;
- 4) l'area geografica di residenza o sede del cliente o della controparte.

Con riferimento alla seconda categoria, l'avvocato è tenuto a prendere in considerazione:

- 1) la tipologia dell'operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale posti in essere;
- 2) le modalità di svolgimento dell'operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale;
- 3) il valore dell'operazione o della prestazione professionale;
- 4) la frequenza delle operazioni e durata del rapporto continuativo o della prestazione professionale;
- 5) la ragionevolezza dell'operazione, del rapporto continuativo o della prestazione professionale in

rapporto all'attività svolta dal cliente;

6) l'area geografica di destinazione del prodotto, oggetto dell'operazione o del rapporto continuativo.

Ai fini della valutazione del rischio, è opportuno utilizzare anche gli schemi e gli indicatori di anomalia sopra indicati.

**30. L'avvocato è tenuto a compilare una "scheda di valutazione" del rischio con riferimento al cliente?**

L'art. 15 comma 4 della legge antiriciclaggio stabilisce che la valutazione del rischio va "documentata". Ai fini della dimostrazione del corretto assolvimento dell'obbligo di adeguata verifica del cliente, è quindi opportuno conservare all'interno del fascicolo del cliente un documento - che potremmo chiamare "scheda di valutazione" - o di "profilatura" - del cliente, da redigersi allorché questo viene identificato, e nella quale l'avvocato effettua appunto una valutazione del "rischio cliente" sotto i profili dell'antiriciclaggio, in questo supportato - fra gli altri - dagli indicatori di anomalia e degli schemi di anomalia.

**31. Gli indicatori di anomalia e gli schemi di anomalia costituiscono un riferimento esaustivo? In altre parole, sono di per sé sufficienti a individuare le operazioni da segnalare all'UIF?**

No. Il fenomeno criminale del riciclaggio muta costantemente nelle sue articolazioni: gli indicatori e gli schemi costituiscono quindi un elemento utile ma non esaustivo. È compito dell'avvocato ponderarli nella loro complessità e valutarne la rilevanza alla luce del comportamento del cliente.

**32. Quali sono i casi in cui l'avvocato è esonerato dall'obbligo di segnalare l'operazione sospetta?**

Le disposizioni antiriciclaggio recano una serie di importanti esenzioni dall'obbligo di segnalazione e ciò evidentemente alla luce della necessaria protezione del magistero dell'avvocato con riferimento particolare, anche se non esclusivo, alla difesa in giudizio ed all'istituto del segreto professionale. È stabilita pertanto l'esenzione dall'obbligo di segnalazione allorché le informazioni sono ricevute da un cliente con riferimento ad un procedimento giudiziario, ivi inclusi i procedimenti arbitrali, le negoziazioni assistite ed i procedimenti innanzi ad organismi di conciliazione previsti dalla legge.

Inoltre, ogni informazione prodromica o collegata all'espletamento dei compiti di difesa, ed altresì ogni informazione ricevuta dall'avvocato con riferimento alla consulenza resa al cliente sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento giudiziario, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita, non dovrà in alcun modo essere segnalata.

Un'ulteriore esenzione dall'obbligo di segnalazione è infine espressamente prevista allorché

l'avvocato esamini la "posizione giuridica" del cliente, e ciò evidentemente non necessariamente in una fase prodromica o connessa ad un procedimento giudiziario.

**33. Se rilevo un'operazione sospetta e la segnalo all'UIF incorro in responsabilità?**

No. L'avvocato (unitamente ai suoi dipendenti e collaboratori) non incorre in responsabilità di alcun tipo. La segnalazione inoltre non costituisce violazione del segreto professionale, e ciò comunque a condizione che venga effettuata in buona fede e per le finalità previste dalla normativa antiriciclaggio.

**34. Sulla base della mia conoscenza del cliente, valutata la natura dell'operazione, individuata una manifesta incongruenza, mi sono formato il convincimento che l'operazione debba essere segnalata all'UIF: quando devo effettuare la segnalazione?**

Le disposizioni stabiliscono che l'avvocato debba segnalare "prima di compiere l'operazione" e comunque "senza ritardo".

Questo tipo di locuzione mal si attaglia alla normale pratica degli avvocati, che normalmente non sono chiamati dai clienti a compiere "operazioni". La *ratio* della disposizione è comunque che la segnalazione sia effettuata prima dell'attività concreta che il cliente che dà adito a sospetto vuole porre in essere sfruttando l'aiuto professionale inconsapevole dell'avvocato stesso.

Sono fatte salve per quanto ci riguarda due eccezioni a questa regola, nel senso quindi che la segnalazione potrà essere fatta anche "dopo" l'operazione:

Nei "casi in cui l'operazione non possa essere rinviata tenuto conto della normale operatività".

Nei "casi in cui il differimento dell'operazione possa ostacolare le indagini".

In tali ipotesi - invero di non facile interpretazione - gli avvocati dopo aver "eseguito l'operazione", ne informano l'UIF "immediatamente".

**35. Posso informare il cliente che ho provveduto ad effettuare all'UIF la comunicazione dell'operazione sospetta?**

No. Le disposizioni antiriciclaggio pongono un espresso divieto in tal senso. Non possono nemmeno informarlo "dell'invio di ulteriori informazioni richieste dalla UIF o dell'esistenza ovvero della probabilità di indagini o approfondimenti in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo a suo carico".

**36. Ho provveduto ad effettuare la segnalazione all'UIF, fermo che non posso comunicarlo al cliente, posso comunque rinunciare al mandato e rimettere il mio incarico?**

Si, non essendovi un divieto in tal senso espressamente previsto dalle disposizioni antiriciclaggio, sempre che tale rinuncia non sia accompagnata

dalla violazione del divieto di comunicare al cliente l'effettuazione della segnalazione, e fermi restando gli obblighi deontologici collegati alla rinuncia al mandato e gli obblighi di informazione nei confronti dell'UIF con riferimento alla segnalazione effettuata.

Si evidenzia anche il comma 6 dell'art. 39, ai sensi del quale "il tentativo da parte del professionista di dissuadere il cliente dal porre in atto un'attività illegale non costituisce violazione".

**37. Con che modalità devo eseguire la segnalazione all'UIF?**

La trasmissione delle segnalazioni alla UIF avviene in via telematica, tramite il portale Internet INFOSAT-UIF disponibile sul sito internet dell'UIF (<http://uif.bancaditalia.it/adempimenti-operatori/segnalazioni-sos>), previa registrazione e abilitazione dell'avvocato segnalante al sistema con le modalità indicate con apposite istruzioni disponibili sul sito internet.

L'avvocato segnalante deve comunicare, *inter alia*, i dati del segnalante; i dati del soggetto segnalato e, qualora il cliente operi per conto terzi, anche i dati di quest'ultimo soggetto; le informazioni sull'operazione oggetto di segnalazione e i motivi del sospetto.

**38. La riservatezza della segnalazione all'UIF è tutelata? In che modo le disposizioni assicurano la riservatezza del nominativo dell'avvocato che effettua la segnalazione?**

L'UIF ha istituito modalità che consentono di mantenere una rigorosa riservatezza su tutte le informazioni relative alle segnalazioni, ivi incluso il nominativo dell'avvocato segnalante, che non è riportato dall'UIF nelle ulteriori comunicazioni agli organi investigativi competenti.

La legge antiriciclaggio - in un più ampio rafforzamento delle disposizioni a tutela del segnalante su cui ora non ci soffermiamo - stabilisce che "in ogni caso il nominativo del segnalante può essere rivelato solo quando l'autorità giudiziaria, disponendo a riguardo con decreto motivato, lo ritenga indispensabile ai fini dell'accertamento del reato" per i quali procede.

È importante aggiungere che il nominativo del segnalante non è inserito nel fascicolo delle indagini preliminari né in quello del dibattimento.

**39. Le disposizioni pongono obblighi di controllo interno nel mio studio?**

Si. È stabilito un generale obbligo di controllo interno, commisurato con la dimensione dello studio, teso a verificare il corretto adempimento degli obblighi antiriciclaggio.

Questi obblighi potranno essere meglio specificati ai sensi dell'art. 11, comma 2, nel contesto della elaborazione di quelle "regole tecniche" ivi previste.

**40. Sono previsti obblighi di formazione per i collaboratori che fanno parte dello studio con riferimento ovviamente alla normativa antiriciclaggio?**

Si. È stabilito un generale obbligo di adozione delle misure necessarie per assicurare, con continuità e sistematicità, la conoscenza aggiornata della nuova normativa, e ciò anche con riferimento a collaboratori e dipendenti dello studio.

**41. Qual è il regime sanzionatorio previsto dalle disposizioni antiriciclaggio?**

Le principali violazioni degli obblighi antiriciclaggio sono, presidiate da sanzioni amministrative.

In particolare:

a) l'inosservanza degli obblighi di adeguata verifica e dell'obbligo di astensione è punito con la sanzione amministrativa di euro 2.000,00. Nelle ipotesi di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime si applica una sanzione amministrativa da euro 2.500 a 50.000

b) l'inosservanza degli obblighi di conservazione è punito con la sanzione amministrativa di euro 2.000,00. Nelle ipotesi di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime si applica una sanzione amministrativa da euro 2.500 a 50.000;

c) l'inosservanza dell'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, salvo che il fatto non costituisca reato (cioè di concorso nel reato di riciclaggio) è punito con la sanzione amministrativa di euro 3.000,00.

Nelle ipotesi di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime si applica una sanzione amministrativa da euro 30.000 a 300.000. Nel caso in cui le violazioni gravi, ripetute, sistematiche o plurime comportino un vantaggio economico, la sanzione non può essere inferiore a 450.000 euro, se il vantaggio è determinato o determinabile, e sino ad euro 1.000.000,00 se indeterminato.

Integrano invece reato:

a) la violazione del divieto di comunicazione al cliente o a terzi dell'avvenuta segnalazione: è previsto, salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'arresto da sei mesi a un anno e l'ammenda da 5.000 a 30.000 euro.

b) la falsificazione dei dati o l'utilizzo di dati falsificati, punita con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 a 30.000 euro;

c) l'acquisizione di dati falsi al fine di pregiudicare la corretta conservazione dei dati punita con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 a 30.000 euro;

La sanzione amministrativa è irrogata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, all'esito di un procedimento (regolato dalla legge n. 689/1981) nel quale il presunto trasgressore può presentare memorie difensive e chiedere di essere

ascoltato.

Il decreto del MEF è impugnabile dinanzi al Tribunale civile di Roma. Il termine di prescrizione delle sanzioni amministrative pecuniarie è di 5 anni dal giorno della commessa violazione.

**42. Quando la violazione è considerata grave?**

La gravità della violazione è determinata anche tenuto conto:

a) dell'intensità e del grado dell'elemento soggettivo, anche avuto riguardo all'ascrivibilità, in tutto o in parte, della violazione alla carenza, all'incompletezza o alla non adeguata diffusione di prassi operative e procedure di controllo interno;

b) del grado di collaborazione con le autorità;

c) della rilevanza ed evidenza dei motivi del sospetto, anche avuto riguardo al valore dell'operazione e alla loro incoerenza rispetto alle caratteristiche del cliente e del relativo rapporto;

d) della reiterazione e diffusione dei comportamenti, anche in relazione alle dimensioni, alla complessità organizzativa e all'operatività del soggetto obbligato.

**43. Sono state emanate delle circolari interpretative in tema di sanzioni?**

Si. In data 6 luglio 2017 il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha adottato la circolare n. DT 54071 con cui ha emanato istruzioni operative relativamente alla successione delle leggi nel tempo e alla identificazione delle sanzioni da applicare nonché ai criteri per determinare in concreto la pena.

In sostanza tale circolare ribadisce che, in virtù dell'art. 69 della legge antiriciclaggio, il quale dispone che "nessuno può essere sanzionato per un fatto che alla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente Titolo non costituisce più illecito", non sono più sanzionabili una serie di illeciti amministrativi previsti in precedenza, come ad esempio, l'omessa o irregolare tenuta dell'archivio unico informatico e del registro della clientela e l'omessa registrazione.

La circolare precisa altresì che, sempre in virtù dell'art. 69 della legge antiriciclaggio, per le violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della nuova legge antiriciclaggio, sanzionate in via amministrativa, si applica la legge vigente all'epoca della commessa violazione, se più favorevole, ivi compresa l'applicabilità del pagamento in misura ridotta.

In aggiunta la circolare individua - nell'ambito della cornice editale - 3 "gradi di intensità" della violazione e, di conseguenza, 3 sub-intervalli della sanzione da applicare, con riguardo alle violazioni in tema di adeguata verifica, di conservazione e di segnalazione di operazione sospetta.



### STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

|                                   | Ordinari    | Speciali  | Professori | Stabiliti | Totale      |
|-----------------------------------|-------------|-----------|------------|-----------|-------------|
| <b>CASSAZIONISTI</b>              | <b>381</b>  | <b>10</b> | <b>1</b>   | <b>0</b>  | <b>392</b>  |
| <b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b> | <b>1516</b> | <b>14</b> | <b>2</b>   | <b>28</b> | <b>1560</b> |
| <b>TOTALE</b>                     | <b>1897</b> | <b>24</b> | <b>3</b>   | <b>28</b> | <b>1952</b> |

#### Donne

|                                   | Ordinari   | Speciali  | Professori | Stabiliti | Totale     |
|-----------------------------------|------------|-----------|------------|-----------|------------|
| <b>CASSAZIONISTI</b>              | <b>94</b>  | <b>3</b>  | <b>0</b>   | <b>0</b>  | <b>97</b>  |
| <b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b> | <b>809</b> | <b>10</b> | <b>0</b>   | <b>8</b>  | <b>827</b> |
| <b>TOTALE</b>                     | <b>903</b> | <b>13</b> | <b>0</b>   | <b>8</b>  | <b>924</b> |

#### Uomini

|                                   | Ordinari   | Speciali  | Professori | Stabiliti | Totale      |
|-----------------------------------|------------|-----------|------------|-----------|-------------|
| <b>CASSAZIONISTI</b>              | <b>287</b> | <b>7</b>  | <b>1</b>   | <b>0</b>  | <b>295</b>  |
| <b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b> | <b>707</b> | <b>4</b>  | <b>2</b>   | <b>20</b> | <b>733</b>  |
| <b>TOTALE</b>                     | <b>994</b> | <b>11</b> | <b>3</b>   | <b>20</b> | <b>1028</b> |

|                             | Uomini     | Donne      | Totale     |
|-----------------------------|------------|------------|------------|
| <b>PRATICANTI SEMPLICI</b>  | <b>148</b> | <b>180</b> | <b>328</b> |
| <b>PRATICANTI ABILITATI</b> | <b>157</b> | <b>277</b> | <b>434</b> |
| <b>TOTALE</b>               | <b>305</b> | <b>457</b> | <b>762</b> |

|                 | Uomini      | Donne       | Totale      |
|-----------------|-------------|-------------|-------------|
| <b>ISCRITTI</b> | <b>1333</b> | <b>1381</b> | <b>2714</b> |

| Studi Associati | Società tra Professionisti |
|-----------------|----------------------------|
| <b>37</b>       | <b>1</b>                   |

A. Sabouraud,  
L'Eremo  
dell'Avvocata a  
Cava de' Tirreni,  
Coll. privata,  
Cava de' Tirreni