

La figura del difensore tecnico

Sommario

1. Nozioni introduttive. - 2. Necessità del patrocinio. - 3. Rappresentanza tecnica. - 4. L'obbligo di informare il cliente circa il procedimento di mediazione. - 5. La procura.

1. Nozioni introduttive

Il processo civile è disciplinato dalla legge in modo tale da assicurarne, per quanto possibile, uno svolgimento ordinato e cadenzato attraverso diverse fasi che, previa definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* ed alla fine dell'eventuale attività istruttoria, conduca al suo esito naturale, rappresentato dalla decisione della controversia e dalla pronuncia della sentenza.

Affinché, quindi, sia possibile pretendere dalle parti il rispetto del rito civile e delle norme che ne regolano lo svolgimento, il legislatore stabilisce che, almeno nella maggior parte delle ipotesi, esse si avvalgano necessariamente dell'attività di un tecnico del diritto: **il difensore**.

L'attività di difesa si distingue, poi, in due differenti funzioni: quella *procuratoria* e quella *difensiva in senso stretto*. A tale riguardo, va preliminarmente sottolineato come, sino all'entrata in vigore della L. 27/97, a tale duplicità di funzioni corrispondeva anche una duplicità di qualificazioni professionali: da un lato, infatti, vi era il **procuratore legale** (titolo quest'ultimo che si otteneva con l'esame di abilitazione professionale) e, dall'altro, l'**avvocato**. Tale ultimo titolo e, conseguenzialmente, l'abilitazione allo svolgimento della corrispondente funzione si ottenevano, invece, all'esito di un ulteriore esame di Stato, cui si poteva essere ammessi solo dopo almeno due anni di iscrizione nell'Albo dei procuratori.

Con la **L. 27/97**, invece, tale ultimo albo e la corrispondente figura professionale sono stati soppressi, così che, attualmente, *i praticanti che superano l'esame di abilitazione vengono immediatamente iscritti nell'Albo degli avvocati tenuto dal Consiglio dell'Ordine di appartenenza*.

Ebbene, come già rilevato, alla soppressione della distinzione delle due categorie professionali non è, peraltro, corrisposta l'abolizione tra la funzione di procuratore, consistente nel cd. *ministero di difensore*, e quella di avvocato, estrinsecantesi, invece, nella cd. *assistenza di difensore*. Normalmente accade che entrambe le funzioni siano cumulativamente esercitate dal medesimo difensore, ma ciò non esclude la possibilità ed, anzi, la necessità di distinguerle.

Il ministero di difensore e la funzione procuratoria, in particolare, consistono essenzialmente nella **rappresentanza processuale** della parte e nel compimento delle attività ad essa connesse; ne consegue, pertanto, che il patrocinatore, nell'attività giudiziale, esercita sempre il ministero di difensore, proprio allo scopo di far valere i diritti e le posizioni processuali della parte, secondo le forme e le modalità del rito civile.

L'assistenza di avvocato, invece, non è altrettanto indispensabile, sebbene nella maggior parte dei casi venga cumulata con la prima. Essa consiste, essenzialmente, in un'attività tecnica rapportabile all'individuazione della linea difensiva e della strategia processuale, nonché alla redazione degli atti giudiziari in favore della parte assistita.

2. Necessità del patrocinio

All'esito di queste brevi considerazioni è, quindi, agevole comprendere la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 82 c.p.c., la quale, al terzo comma, stabilisce che le parti, nei giudizi celebrati dinanzi al Tribunale ed alla Corte d'Appello, devono stare in giudizio con *il ministero di un procuratore legalmente esercente*, specificando, inoltre, che dinanzi alla Corte di Cassazione è necessario *il ministero di un avvocato iscritto nell'apposito Albo*. La stessa norma precisa, inoltre, che, al contrario, le parti possono stare in giudizio *personalmente* nelle cause dinanzi al Giudice di Pace di valore inferiore a 516,46 euro, considerata la loro minore rilevanza economica e le forme previste per tali giudizi.

Chiariti i limiti e le ragioni della necessità della rappresentanza tecnica delle parti nel giudizio civile, la cui violazione, è bene precisarlo, viene sanzionata dalla giurisprudenza con la nullità insanabile del processo, passiamo ora ad affrontare il tema del conferimento al difensore del relativo potere. A tale proposito va rilevato come i rapporti tra la parte ed il proprio rappresentante tecnico siano regolati, sul piano sostanziale, secondo le ordinarie norme civilistiche in tema di contratto di prestazione d'opera (si parla, in proposito, di contratto di patrocinio), che, pertanto, non richiede forme particolari e può anche essere stipulato verbalmente.

Di questo aspetto, peraltro, non si occupa affatto il codice di rito, il quale disciplina solo i risvolti processuali di tale incarico professionale e, in particolare, gli sviluppi che possono aversi, in corso di causa, nei rapporti tra la parte ed il suo difensore, dei quali ci occuperemo immediatamente di seguito.

3. Rappresentanza tecnica

Chiariti i limiti e la *ratio* del patrocinio legale nel processo civile, è, ora, necessario soffermarsi più in particolare sulla concreta attività del difensore. So-

litamente essa viene definita con l'espressione di *rappresentanza tecnica*, che, peraltro, richiede un chiarimento terminologico che è già di per sé idoneo ad individuarne la natura ed i caratteri.

Tecnicamente la rappresentanza processuale costituisce l'omologo della capacità d'agire di diritto sostanziale ed è, quindi, definibile come la *capacità della parte a porre in essere atti processuali idonei a modificare la propria sfera giuridica*, così come la capacità processuale, specificazione della capacità giuridica di diritto sostanziale, è l'idoneità ad essere parte di un giudizio. Ne consegue che la rappresentanza e la capacità processuale spettano direttamente alla parte la quale, peraltro, per le ragioni sopra evidenziate, deve necessariamente avvalersi dell'opera di un difensore.

Quest'ultimo, nell'esercizio della cd. *rappresentanza tecnica*, svolge un'attività del tutto peculiare e, pertanto, non riconducibile all'istituto della rappresentanza di diritto sostanziale. Se è vero, infatti, che il difensore agisce in nome e nell'interesse della parte, è, d'altro canto, innegabile che, pur non potendo normalmente disporre dei diritti oggetto di giudizio, egli gode di un ampio ed ineliminabile margine di discrezionalità nella scelta della linea difensiva e nell'impostazione dell'attività processuale, che gli vengono interamente delegate dal cliente.

Il difensore quindi esercita dei poteri sostanziali e processuali che la legge riconosce direttamente alla parte, ma che questa, per l'ormai più volte chiarita necessità del patrocinio nel processo civile, non può esercitare direttamente, tranne che nelle ipotesi in cui la legge consente alla parte di stare in giudizio personalmente.

Proprio per questo motivo e per sottolineare una volta di più l'impossibilità di definire il difensore come un mero rappresentante in campo processuale, molti ritengono che l'atto di conferimento del patrocinio, vale a dire la **procura**, non abbia contenuto negoziale, ma costituisca una mera designazione del difensore scelto dalla parte. Per quanto attiene, infatti, alla determinazione dei poteri che a quest'ultimo vengono riconosciuti a seguito del conferimento dell'incarico professionale, si ritiene che essi siano direttamente individuati dal legislatore.

È, peraltro, evidente che, pur ferma l'ampia discrezionalità del difensore nell'orientamento dell'attività processuale e, se del caso, nell'assistenza tecnica della parte, la *rappresentanza tecnica* incontra, comunque, alcuni limiti. Ad essi si richiama l'art. 84 c.p.c., il quale dispone che il patrocinatore *può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati*.

I limiti posti ai poteri del difensore sono sostanzialmente riconducibili a due categorie: la prima attiene a quelle attività che non possono che essere svolte direttamente dalla parte interessata, ovvero da un suo procuratore speciale (vale a dire da un mandatario *ad hoc* dotato di un potere specifico non riconducibile all'ordinaria procura sottoscritta in favore del patrocinatore tecnico). Si pensi, ad esempio, all'interrogatorio libero ed a quello formale delle parti, i quali, ovviamente, presuppongono la conoscenza diretta dei fatti di causa.

L'altra categoria di limiti dei poteri del difensore tecnico è, invece, fondata sulla considerazione che quest'ultimo è chiamato a tradurre in termini tecnico-giuridici gli interessi del suo assistito, ma non può certo autonomamente disporne. Ne consegue che le più rilevanti e penetranti attività processuali non possono essere esercitate che dalla parte, ovvero da un suo procuratore speciale, il quale potrà anche essere lo stesso difensore, a patto che venga a tanto legittimato mediante il conferimento di un mandato *ad hoc*. È il caso di tutti gli atti che importino disposizione del diritto, ai quali fa riferimento l'art. 84 c.p., nonché altre più specifiche e rilevanti attività strettamente tecniche, quali il deferimento ed il riferimento del giuramento decisorio e la proposizione della querela di falso.

4. L'obbligo di informare il cliente circa il procedimento di mediazione

Ai sensi dell'art. 4, D.Lgs. 28/2010, all'atto del conferimento dell'incarico l'avvocato è tenuto a informare l'assistito:

- della **facoltà di avvalersi del procedimento di mediazione** disciplinato dal D.Lgs. 28/2010 per tutti i **diritti disponibili**;
- dei **casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale**, ovvero nelle controversie relative a diritti disponibili in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, D.Lgs. 28/2010 efficace dal 21-3-2011, tranne in materia di condominio e risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti, posticipato di altri dodici mesi);
- delle **agevolazioni fiscali** di cui agli artt. 17 e 20, D.Lgs. 28/2010 a favore di quanti facciano ricorso al procedimento di mediazione.

In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è **annullabile**.

Il documento che contiene l'informazione è **sottoscritto dall'assistito** e deve essere **allegato** all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

In caso di **mancata allegazione** in giudizio del documento sottoscritto dalla parte non si verifica alcuna conseguenza invalidante né del contratto di prestazione d'opera professionale, né della procura alle liti, né dell'atto introduttivo: nelle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice, se il procedimento non è iniziato, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e contestualmente fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi dal suo deposito

presso l'organismo di conciliazione; se, invece, il procedimento è già iniziato, ma non si è concluso, il giudice si limita a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi dal deposito della domanda.

L'obbligo di informazione del cliente da parte dell'avvocato scatta al momento del conferimento dell'incarico.

La violazione, da parte del difensore, dell'obbligo informativo comporta l'**annullabilità** del mandato difensivo. Tuttavia, tale sanzione è destinata a restare lettera morta, se si considera che la parte, resa edotta in prima udienza del motivo di annullabilità, ratificherà normalmente il contratto in applicazione dell'art. 1444, co. 2, c.c.

Inoltre, l'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio ma solo ad opera della parte che vi ha interesse, garantendosi così la stabilità del rapporto processuale.

L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto, e il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

L'obbligo di informazione (cui si associa un onere di allegazione nell'eventuale giudizio) provoca anche una reazione dell'ufficio giudiziario: il giudice che verifica la **mancata allegazione** del documento informativo, se non provvede ai sensi dell'art. 5, co. 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

Stante l'attuale formulazione dell'art. 4, co. 3, D.Lgs. 28/2010, la violazione del disposto ivi introdotto fa sì che i contratti di patrocinio debbano considerarsi annullabili in caso di omessa informativa. Da qui l'importanza di adempiere all'obbligo informativo prescritto dalla normativa.

L'intero testo normativo disciplina le sole «controversie civili e commerciali vertenti su **diritti disponibili**» (art. 2, D.Lgs. 28/2010). Pertanto, restano estranee al regime giuridico conciliativo le controversie aventi ad oggetto mere questioni non aventi substrato economico e involgenti il diritto delle persone e della famiglia (come, ad esempio, la separazione personale tra i coniugi, lo scioglimento del matrimonio e la cessazione dei suoi effetti civili, i procedimenti ex artt. 709ter e 710 c.p.c., l'amministrazione di sostegno ecc.), come confermato dall'art. 5, co. 4, lett. e), D.Lgs. 28/2010, che esclude dalla mediazione obbligatoria i procedimenti in camera di consiglio.

Invece, nei casi in cui **diritti disponibili e indisponibili sono variamente connessi tra loro**, l'obbligo di informativa previsto dall'art. 4, co. 3, D.Lgs. 28/2010 deve essere assolto, pena l'annullabilità del contratto di patrocinio prevista dalla norma.

Un settore nel quale possono mescolarsi diritti disponibili e indisponibili è quello lavoristico. Tale settore sembra escluso dal raggio di applicazione della nuova mediazione, posto che l'art. 23, co. 2, D.Lgs. 28/2010 fa salve le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c.

Tuttavia, l'art. 31 della L. 4-11-2010, n. 183 ha modificato l'art. 410 c.p.c., sopprimendo il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie relative ai

rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. La fase stragiudiziale diventa, pertanto, facoltativa e affidata a commissioni paritetiche composte da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori, presiedute dal direttore della direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo. In questa prospettiva, l'assetto lavoristico riformato potrebbe intendersi non interamente sottratto all'applicabilità del decreto legislativo, bensì solo per le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili, esclusi dall'ambito di operatività ex art. D.Lgs. 28/2010 (Cap. 5, Parte II).

Invece, dove non vengono in evidenza diritti soggettivi, ma interessi legittimi, la mediazione non troverà spazio per definizione.

Con la circolare n.11-C-2010 il Consiglio nazionale forense ha predisposto il seguente modello di informativa al cliente, relativo alle controversie per le quali il ricorso alla mediazione costituisce condizione di procedibilità del giudizio e alle controversie nelle quali l'utilizzo della procedura è meramente facoltativo:

Formula n. 1

Modello di informativa

Io sottoscritto ... nato a ... il ... residente in ... via ... n. ... c.f. ... dichiaro di essere stato informato dall'avv. ..., in ossequio a quanto previsto dall'art. 4, co. 3, D.Lgs. 28/2010:

1. della facoltà di esperire il procedimento di mediazione previsto dal D.Lgs. n. 28/2010 per tentare la risoluzione stragiudiziale della controversia insorta tra il sottoscritto e (*indicazione della controparte*) in relazione alla lite riguardante, nonché dell'obbligo di utilizzare il procedimento di mediazione previsto dal D.Lgs. 28/2010 (*ovvero per le materie ivi contemplate, i procedimenti previsti dal D.Lgs. 179/2007 o dall'art. 128bis, D.Lgs. 385/1995*), in quanto condizione di procedibilità del giudizio, nel caso che la controversia sopra descritta sia relativa a diritti disponibili in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari;
2. della possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato per la gestione del procedimento;
3. dei benefici fiscali connessi all'utilizzo della procedura, ed in particolare:
 - a) della possibilità di giovare di un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta all'Organismo di mediazione fino a concorrenza di 500 euro, in caso di successo; credito ridotto della metà in caso di insuccesso; e delle circostanze che:

- b) tutti gli atti, documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura;
- c) il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro e che in caso di valore superiore l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente.

..., lì

.....

È autentica
Avv.

5. La procura

Il conferimento al difensore dei poteri di rappresentanza processuale avviene attraverso il rilascio della **procura**; essa deve essere dotata della forma dell'*atto pubblico* (procura notarile, cui normalmente si ricorre nei giudizi per Cassazione), ovvero della *scrittura privata autenticata*. Ai sensi dell'art. 83, 3° comma, c.p.c., viene prevista la modalità cui si ricorre più di frequente per il rilascio della procura; essa è applicabile alla sola procura speciale e consiste nella sua apposizione in calce o a margine: della **citazione**, del **ricorso**, del **controricorso**, della **comparsa di risposta** o d'**intervento**, del **precetto** o della domanda d'**intervento nell'esecuzione**, della memoria di **nomina del nuovo difensore**, in aggiunta o in sostituzione di quello originariamente designato (tale ultima previsione aggiunta ex l. 69/2009). In tali ipotesi, considerate tassative dalla giurisprudenza, l'autografia della sottoscrizione della parte può essere certificata dal difensore, mediante la cosiddetta **autentica**.

La procura, inoltre, viene considerata come «apposta in calce» anche se rilasciata su **foglio separato**, che sia però materialmente congiunto all'atto cui si riferisce, o su documento informatico separato, purchè sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante appositi strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia.

Infine, se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso **strumenti telematici** (anche tale previsione è stata aggiunta ex l. 69/2009) ne trasmette copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici trasmessi in via telematica (cfr. D.P.R. 123/2001 e D.Lgs. 82/2005).

Visto che, come rilevato, i rapporti interni tra parte e difensore non sono improntati a canoni formali analoghi a quelli previsti per il rilascio della procura, il legislatore, a tutela dell'affidamento della controparte ed allo scopo di

consentire al giudice la loro verifica, prevede che le più rilevanti vicende del rapporto di fiducia tra parte e difensore che possono avere risvolti nel processo civile siano disciplinate in modo tale da non intralciare o rallentare il suo andamento. L'art. 85 c.p.c., quindi, dispone che, sebbene la parte sia sempre libera di revocare la procura ed il difensore può rinunciarvi, tali cause estintive del conferimento del potere di rappresentanza processuale hanno effetto solo dopo che sia avvenuta la sostituzione del difensore.

A conclusione di queste brevi notazioni ed a titolo esemplificativo si riproducono, qui di seguito, due modelli di procura alle liti.

Formula n. 2

Procura alle liti

(artt. 82, 83, 125 c.p.c.)

Avv. con la presente Le conferisco il più ampio mandato di rappresentarmi e difendermi nel procedimento di cui al presente atto, in ogni sua fase e grado, nonché nelle fasi di giudizio di opposizione, di appello, di esecuzione sia mobiliare che immobiliare, conferendoLe all'uopo le più ampie facoltà di legge, comprese quelle di transigere e desistere nonché di nominare procuratori domiciliatari o farsi sostituire da altro procuratore e ritengo il Suo operato per rato e fermo senza bisogno di ulteriore ratifica.

Dichiaro di essere stato informato, ai sensi dell'art. 4, co. 3, d.lgs. 28/2010, della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto che si allega.

Eleggo domicilio nel Suo studio in alla via n.

(Firma del Cliente)

.....

Per autentica

(Firma dell'Avvocato)

.....

Formula n. 3**Procura alle liti con elezione di domicilio
presso il procuratore domiciliatario**
(artt. 83 c.p.c. e 82 R.D. 22-1-1934, n. 37)

Avv. con la presente Vi delego a rappresentarmi e difendermi nel presente procedimento in tutti i suoi gradi ed atti ad esso inerenti, conseguenti e successivi, compreso il processo di esecuzione ed eventuale giudizio di opposizione. Vi conferisco la facoltà di rinunciare al giudizio, di deferire giuramento decisorio e comunque tutte le facoltà inerenti al mandato alle liti, compresa quella di farsi sostituire, transigere e sottoscrivere gli atti.

Dichiaro di essere stato informato, ai sensi dell'art. 4, co. 3, d.lgs. 28/2010, della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto che si allega.

Eleggo domicilio con voi presso l'avv. con studio in alla via ratificando fin d'ora il Vs. operato.

(Firma del cliente)

.....

Per autentica

(Firma dell'Avvocato)

.....