

Ordine degli Avvocati di Torino – Commissione Scientifica

Incontro di formazione

“L’aggiornamento dell’Avvocato in materia penale: le impugnazioni.”

7 maggio 2021 - ore 15.00/17.00 - Piattaforma Gotomeeting

Relazione dell’Avv. Carlo CAVALLO

Prima di iniziare questo mio breve intervento, tengo a ringraziare l’amica e collega Lucia Randazzo per avermi messo a disposizione, durante la preparazione del convegno, alcuni contributi e riflessioni del padre Ettore – già presidente dell’Unione delle Camere Penali, docente di deontologia forense e tra i più illustri giuristi ad essersi occupato approfonditamente della materia –; senza il suo prezioso apporto questo mio lavoro sarebbe stato certamente più difficoltoso.

Il tema che mi è stato assegnato – **I rilievi di carattere deontologico nelle impugnazioni** – è di quelli che pongono davanti ad uno scenario interessante e stimolante, ma anche interamente nuovo: non ci sono pronunce giurisprudenziali che affrontino questa materia, se non incidentalmente, né troviamo grandi approfondimenti dottrinali.

Bisogna, allora, rifarsi alle fonti e cioè al nostro codice deontologico, pubblicato nella G. U. del 16/10/14: in esso troviamo delineati una serie di doveri, non riferibili peraltro solo a questa particolare attività difensiva, ma aventi portata generale. L’operazione è, in altre parole, quella di calare i principi contenuti nel codice deontologico all’interno dell’attività concreta.

Ora: l’avvocato, in questo contesto, si trova di fronte a quattro esigenze: tre sono abbastanza chiare, una è carica di problemi.

- da un lato, il difensore deve adempiere **diligentemente** il proprio mandato difensivo (art. 12: *L’avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale*), da cui discende la necessità di porre in essere tutte le azioni volte a tutelare i diritti del proprio cliente (art. 26 comma 3: *Costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita*);
- dall’altro il difensore dev’essere **competente** nell’esercizio dell’incarico affidatogli (14: *L’avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza*; 26 comma 1: *L’accettazione di un incarico professionale presuppone la competenza a svolgerlo*), il che implica

- un'attenzione costante verso la propria preparazione professionale, sia sotto il profilo del suo **continuo aggiornamento** (art. 15: *L'avvocato deve curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalente*) sia con riguardo alla eventuale necessità di **corretta valutazione dei propri limiti** ed (art. 26 comma 2: *L'avvocato, in caso di incarichi che comportino anche competenze diverse dalle proprie, deve prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l'assistenza con altro collega in possesso di dette competenze*);
- un dovere di **informare** il cliente sulle prospettive e sugli esiti alla necessità di comunicarli tempestivamente al cliente della nostra attività, in questo caso in rapporto alla proposizione dell'appello oltre che dei costi (art. 27 commi 1 e 2: *L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.*

L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione).

Abbiamo toccato, così, i titoli I e II del codice deontologico – ovvero Principi Generali e Rapporti con la Parte Assistita -, lasciando fuori i Rapporti tra Colleghi (Tit. III), I Doveri dell'Avvocato nel Processo (Tit. IV), i Rapporti con Terzi e Controparti (Tit. V), e i Rapporti con le Istituzioni Forensi (Tit. VI). Si tratta di una scelta che come sempre è opinabile.

Ma vediamo questi doveri separatamente.

Diligenza e Competenza sono doveri che attengono alla corretta esecuzione del **mandato** ricevuto dall'avvocato e sono contemplati in varie norme del codice deontologico, come visto.

La diligenza

La Corte di Cassazione (Cass. Civile, sez. II, 08.08.2000, n. 10431) ha sottolineato che:

*«le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di **mezzo** e non di **risultato**, in quanto il professionista assumendo l'incarico si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo».*

Coerentemente con questa premessa, solo la violazione di un dovere di **diligenza** da parte del professionista può determinare una sua responsabilità: non il mancato raggiungimento del risultato.

La diligenza è concetto noto a tutti fin dall'università e determina il dovere – deontologico per quel che qui interessa, ma anche civilistico - di prestare il massimo impegno per la migliore soluzione della vicenda giudiziaria del cliente; la diligenza impone al professionista di non tralasciare l'esercizio dei diritti e delle facoltà riconosciute all'assistito, di curare con scrupolo ogni adempimento necessario ai fini difensivi e di non pregiudicare le prospettive del proprio assistito con comportamenti disattenti, sciatti o trascurati. Secondo l'elaborazione del CNF, la diligenza *“assicura la qualità della prestazione dovuta”* (CNF 89/12).

Fatta questa premessa, va precisato che nella pratica disciplinare risulta talvolta tutto sommato agevole valutare la mancanza di diligenza: non sorgono grosse difficoltà, ad esempio, per la mancata presentazione dell'atto di impugnazione o per la mancata deduzione di motivi aggiunti o anche solo di memorie ex 121 c.p.p., quando ne ricorrono i presupposti (ad esempio per un risarcimento del danno intervenuto tra la conclusione del primo grado e l'appello, per una mutata condizione di salute dell'assistito da segnalare all'Autorità Giudiziaria, per una prova venuta a conoscenza dalla difesa durante la pendenza del grado d'appello).

Queste sono omissioni sicuramente sanzionabili. E – si badi - tutto ciò a prescindere dalla produzione di un danno concreto all'assistito, perché il danno non è uno degli elementi costitutivi dell'illecito disciplinare a differenza di quello civile: in ambito disciplinare la sanzione viene irrogata perché il comportamento è ritenuto confliggente con il prestigio ed il decoro della professione forense.

Tirando le fila del discorso, la giurisprudenza disciplinare ha stabilito che: *“Il mancato compimento di un atto così importante come il deposito dei motivi in cassazione, inerente al mandato ricevuto, costituisce una grave violazione dei doveri professionali, anche per le irreparabili conseguenze verificatesi a danno del proprio assistito”* (C. O. Milano 29/11/1985). E ancora: *“Pone in essere un comportamento disciplinarmente scorretto perché lesivo del dovere di diligenza e probità propri della classe forense, il professionista che non curi nei termini il deposito dell'impugnazione redatta, facendo passare in giudicato una decisione molto pregiudizievole per il cliente (che gli aveva rilasciato apposito mandato), a nulla rilevando l'eventualità che egli avesse affidato il deposito al collaboratore di studio (Nella specie è stata confermata la è sanzione dell'avvertimento)”*. (Consiglio Naz. Forense, del 23 novembre (2000, n. 177, Pres. Galati - Rel. Sgromo).

Ma la qualificazione di un comportamento come negligente non è sempre facile né scontata: l'art. 26 del codice deontologico stabilisce che il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato è rilevante quando derivi da **“non scusabile e rilevante trascuratezza”**. Si tratta di un argine alla proliferazione delle contestazioni disciplinari: innanzitutto la trascuratezza deve

essere contemporaneamente “non scusabile e rilevante”, mentre esistono casi in cui il comportamento può essere conseguenza di un errore scusabile o è di per sé irrilevante.

In secondo luogo, bisogna sempre distinguere la negligenza dal calcolo difensivo ossia dalla valutazione di inutilità dell’iniziativa difensiva, fondata su valide ragioni.

E qui si apre il campo alle possibili interpretazioni: se, in appello o in cassazione, non presento l’istanza per la trattazione orale del processo, avendo già scritto nei motivi tutto ciò che appare utile all’assistenza del mio cliente, incorro in una violazione professionale, avendo omesso di attivare una facoltà riconosciuta al mio assistito? Io credo proprio di no: la completezza degli scritti difensivi nelle impugnazioni è un requisito essenziale ed ineliminabile dell’attività difensiva, che può portare a fare valutazioni anche di inutilità di una istanza di trattazione orale. Da ultimo: la violazione del dovere di diligenza comporta la sanzione della censura.

La competenza

Altro pilastro fondamentale per l’adempimento corretto del mandato – anche nel giudizio d’impugnazione – è il dovere di **competenza**.

Il tema attraversa tutta l’attività dell’avvocato, fin dal primo contatto con la problematica sottoposta dal cliente.

La competenza è, per dirla in parole semplici ma esaustive, “*la padronanza assoluta della materia per la quale un avvocato viene chiamato a difendere*” (Ettore Randazzo, *Il Penalista e il nuovo Codice Deontologico*, Giuffrè, 2014). Secondo il Consiglio Nazionale Forense: “*la competenza tende ad affermare la legittimazione specifica dell’attività richiesta dalla parte assistita*” ossia la “*capacità sostanziale usata dal professionista*” (CNF n. 89/2012).

L’avvocato, quindi, tra i suoi doveri ha anche quello di avere una precisa consapevolezza della propria preparazione professionale e, in osservanza degli obblighi di correttezza e probità, deve segnalare al cliente la mancanza di una competenza idonea all’assolvimento del mandato, accettando il rischio di perdere il cliente stesso. Il codice, come visto, prevede un rimedio in questi casi: l’art. 26 comma 2, infatti, stabilisce che: “*L’avvocato, in caso di incarichi che comportino anche competenze diverse dalle proprie, deve prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l’assistenza con altro collega in possesso di dette competenze*”. Insomma: non si deve per forza mandare via l’assistito, ma integrare le proprie abilità personali con quelle di altri colleghi. Aggiungo un consiglio: a fronte di una situazione che rende necessario il coinvolgimento di soggetti con competenze più elevata della nostra non è sbagliato, usando parole adeguate, fornire al cliente un parere scritto, fatto firmare per ricevuta, in cui si sottolinea la necessità, derivante dalla complessità della questione, di allargare il collegio difensivo.

La valutazione di competenza deve essere un limite all’accettazione di un mandato conferito per l’appello o per la cassazione: è di tutta evidenza che, in un

processo giunto sulla scrivania del difensore solo dopo il primo grado o addirittura dopo il secondo, la possibilità di raggiungere risultati positivi rende imprescindibile un attento giudizio sulla propria adeguatezza a esercitare il mandato difensivo. Devo chiedermi: sono capace di incidere sul lavoro iniziato da un collega?

Il dovere di competenza di cui all'art. 14 del codice deontologico costituisce il presupposto dell'obbligo di **aggiornamento professionale** previsto dall'art. 15, citato in precedenza, secondo cui *L'avvocato deve curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalente.* Una sola osservazione: il CNF ha osservato che l'obbligo di aggiornamento, essendo funzionale al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, è posto a tutela della collettività.

La violazione del dovere di competenza è sanzionata con l'avvertimento.

L'informazione

Le impugnazioni sono sempre una materia misteriosa per la media dei clienti.

Dovere **fondamentale**, dunque, è mettere l'assistito in condizioni di contribuire alle decisioni da prendere per tutelare al meglio i suoi interessi: bisogna spiegare cosa significa impugnare, quali incognite presenta, quali vantaggi può far conseguire, quali costi determina, quali svantaggi potrebbe generare, quanto potrebbe durare ancora il processo.

Può accadere che, dopo un chiarimento di questo tipo, il medico che ha ricevuto una multa in un processo di colpa professionale, magari coperta da indulto, e ha sofferto molto per il processo, decida di non fare impugnazione.

Può accadere solo se il cliente è informato.

Quale grado di approfondimento deve connotare le informazioni?

Adeguate al cliente: mai eccedere, ma dare strumenti per poter ragionare.

L a violazione di questo dovere è sanzionata, a seconda dei casi, con l'avvertimento o la censura.

La lealtà

L'ultimo (si fa per dire) dei principi che informano la corretta attività del professionista è quello che – come si diceva – pone i maggiori problemi, interpretativi e (soprattutto) applicativi.

La domanda da cui muovere è, in sé, semplice: esiste un *dovere di lealtà* dell'avvocato? Certamente sì. Ma verso chi - o che cosa - è dovuta questa lealtà?

Verso le Leggi, certamente.

Ma la formula dell'impegno solenne che il professionista recita all'atto del giuramento, che segna l'ingresso nell'ordine professionale, lo impegna anche a

qualcosa di più e di diverso: *ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento.*

Appare dunque chiaro dalla lettura di tale formula che il dovere di *lealtà* va di pari passo a quello di *onore* e di *diligenza* e, come questi, si esplica in due diverse (ed opposte?) direzioni: la *giustizia* da una parte, la *tutela dell'assistito* dall'altra; due concetti che sembrano indicare altrettante *finalità* dell'agire dell'avvocato ma che ben possono, in taluni casi, porsi tra loro in contrasto o, comunque, in concorrenza. E qui si arriva al cuore del problema.

Occorre infatti interrogarsi su quale sia il comportamento deontologicamente corretto dell'avvocato che sia posto di fronte all'alternativa tra la tutela delle ragioni dell'assistito e quelle della *giustizia* (pur con le precisazioni che di seguito si diranno sull'accezione di quest'ultimo termine).

Per comodità espositiva e di comprensione può considerarsi l'ipotesi in cui le due predette finalità divergono diametralmente, ossia tendano a suggerite al professionista due condotte opposte, antitetiche, che si escludono reciprocamente. Circostanza, questa, che ben può determinarsi nella quotidianità della professione: si pensi, per fare un esempio coerente con il tema odierno, alla proposizione di un atto di appello a meri fini dilatori, con il quale l'avvocato – per conto del proprio assistito – miri a *guadagnare* una prescrizione ormai prossima, in una vicenda processuale per altri versi quasi certamente compromessa.

Ora, se un simile contegno del difensore appare certamente improntato alla miglior tutela dell'interesse dell'assistito, poiché teso a lucrare il maggior beneficio da un istituto giuridico pienamente *legittimo* (cioè previsto e disciplinato dall'ordinamento), può però dirsi che esso sia altrettanto rispettoso delle finalità di *giustizia* cui la formula dell'impegno solenne vincola l'operato dell'avvocato?

Il dubbio, in proposito, potrebbe sorgere dalla lettura dell'art. 111 della Costituzione che pone, fra i principi di un *giusto processo*, quello della sua *ragionevole durata*. Può dunque affermarsi – alla luce del canone deontologico di cui si è detto – che esista un *dovere* dell'avvocato di agire *nel processo* per garantirne la *ragionevole durata*? E se sì, in che termini?

Il dilemma di fronte a cui si è posti in simili eventualità cela, a mio parere, una preliminare e differente questione, che attiene al significato ed alla portata che vogliono assegnarsi al concetto di *giustizia*; e, dunque, in ultima analisi, a che cosa si intenda per *fini della giustizia* secondo la prospettiva da cui è chiamato ad operare il difensore.

Se, infatti, da tale formula si intendesse ricavare un generale dovere di *lealtà* verso le e gli strumenti propri dell'amministrazione della *giustizia* – vale a dire una condivisione dei mezzi e degli obiettivi propri dell'Autorità statale cui tale attività compete – occorrerebbe concludere che il difensore ha il *dovere* di improntare il proprio operato e la scelta dei mezzi difensivi, fra l'altro, alla tutela della *ragionevole durata del processo*, con tutto ciò che una simile affermazione comporta: egli sarà dunque dissuaso, per il rispetto che deve al canone deontologico

così interpretato, dal proporre l'appello meramente dilatorio per il proprio assistito di cui all'esempio citato. E' tuttavia evidente che, così facendo, finirebbe per violare il dovere di *lealtà* parimenti dovuto verso le ragioni del cliente e nell'interesse della sua miglior difesa.

Se, per contro – a mio parere più correttamente – il dovere deontologico dell'agire per i *fini della giustizia* si intende nel senso del rigoroso rispetto dei canoni della legalità – sostanziale e processuale – da parte del difensore, esso è soddisfatto ogniqualvolta gli strumenti approntati dall'avvocato non si pongano in contrasto con il dettato normativo ed egli sappia, dunque, escogitare, nell'ambito di ciò che è giuridicamente lecito, la miglior strategia per “cavare d'impiccio” il proprio assistito. Così interpretato, il canone di *lealtà* verso la giustizia si avvicina al dovere di *competenza*, inteso come profonda conoscenza dell'ordinamento giuridico – quantomeno nel ramo o settore di “specializzazione” del professionista – , e non corre il rischio di ledere o compromettere il parallelo ed inviolabile dovere di fedeltà e lealtà verso l'assistito.

Ne discende che è questo l'unico modo – a mio parere – per ammettere e “dare cittadinanza”, nell'ambito dell'attività dell'avvocato, al dovere di *lealtà* nella sua duplice direzione: verso l'assistito e verso la *giustizia*.

Ciò che non può, per converso, ammettersi è che l'avvocato debba arrivare a fare proprie, a scapito delle ragioni dell'assistito, le finalità cui tende la parte pubblica nell'amministrazione della Giustizia, fra cui vi è certamente anche quella, poc'anzi richiamata, della *ragionevole durata* del processo (canone notoriamente inteso, da parte di chi indaga e di chi giudica, come sinonimo di *massima brevità*, specie in ambito penale). Non può essere, in altri termini, imposto al difensore il dovere di tenere in considerazione, al di là dell'ossequio alla legalità formale (sempre dovuto), un dovere di lealtà verso la controparte del processo (lo Stato) e verso la sua pretesa punitiva che egli è, per definizione e per dovere di mandato, chiamato ad avversare. Introdurre, nello spettro dei doveri deontologici, un'aspirazione che confligga, anche solo potenzialmente e in minima parte, con il dovere di *fedeltà* e *lealtà* al mandato difensivo significherebbe semplicemente snaturare la figura del difensore.

Ne deriva, dunque, che, ogniqualvolta si prospetti un contrasto tra il mezzo o la scelta difensiva che garantisce le migliori prospettive di risultato per l'assistito ed una qualsiasi, pur condivisibile, finalità di celere ed efficiente amministrazione della *giustizia*, il difensore non potrà trovarsi nell'indecisione di scegliere quale delle due cause assecondare, dovendo, necessariamente e prioritariamente, tutelare la prima.

Ciò, beninteso, non significa che in subordine – quando non sia in gioco un contrasto tra esigenze di difesa e finalità di *giustizia* (intese come quelle perseguite dalla parte pubblica) – l'avvocato debba sottrarsi, da attore del processo quale è, ad una collaborazione con gli altri organi e le altre Parti per la corretta ed efficiente conduzione del processo. Questo è, del resto, ed a valle della miglior tutela dell'assistito, il legittimo interesse dell'avvocato, sia come operatore del diritto, sia come cittadino.

Conclusivamente, si può affermare che il dovere di *lealtà* dell'avvocato rispetto ai *fini della giustizia* operi sotto due distinti profili: il primo è quello del doveroso rispetto della legalità, cui ogni cittadino, difensore compreso, è tenuto a uniformare il proprio agire (nel caso del difensore, peraltro, la responsabilità è accresciuta dal livello di competenza tecnica che gli si attribuisce); il secondo profilo attiene invece, ad un canone comportamentale teso a concorrere, ove non lo precludano preminenti ragioni di tutela dell'assistito, al migliore e più efficiente andamento del processo e della *giustizia* in genere: esso in realtà è, più che un *dovere* deontologico, un canone tendenziale di *leale collaborazione*, necessariamente (e per definizione) subordinato e *ancillare* rispetto al dovere di tutela dell'assistito.

Questo pensiero è bene espresso – in modo molto più efficace e sintetico di quanto non mi sia riuscito sin qui – dalle parole del prof. Ettore Randazzo. Egli, commentando in senso critico una risalente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali (Sent. n. 22242/2011) – che ascriveva alle regole deontologiche forensi la valenza di “*canone di regolarità della giurisdizione*”, bollando come illegittimo l'utilizzo di una norma “*per raggiungere finalità diverse da quelle per cui è stata dettata*” – ammoniva dal rischio di ravvisare nei precetti deontologici un dovere di leale collaborazione del difensore al regolare svolgimento del processo:

“La lealtà, intesa come correttezza nella difesa, assume diversi connotati, riferendosi ai rapporti con l'assistito, con i colleghi, con il P.M. e con il giudice. Essa non può fraintendersi con una collaborazione al regolare svolgimento del processo che contrasti con l'interesse dell'imputato. L'interesse lecito ovviamente, ossia quello che non trasgredisca precetti deontologici né violi norme sostanziali o processuali. (...)

L'avvocato, in definitiva, deve rigorosamente improntare la sua attività alla difesa dell'imputato (la parte civile, di solito, ha interessi opposti); ciò fisiologicamente può implicare anche una dilazione, purché conseguita con mezzi leciti, ovvero previsti dalla legge e non contraria ai canoni deontologici”¹.

Grazie per la vostra attenzione.

carlo cavallo

* * *

¹ Così F.M. IACOVIELLO, E. RANDAZZO, *Processo, deontologia e funzione difensiva*, in *Giustizia Insieme*, 2011, 3, pp. 51 ss.