

IV OPEN DAY UCPI-RIMINI 8-9 GIUGNO 2018

Osservatorio Europa - Commissione Rapporti con l'avvocatura internazionale

Workshop 09-6-2018

“La funzione difensiva nella costituzione portoghese”

[avv. Helmut Bartolini]

Premessa.

Mentre in Italia abbiamo assistito di recente alla proposta del CNF di sancire nella nostra Costituzione la libertà e l'indipendenza dell'avvocato, in Portogallo una simile norma è stata aggiunta in Costituzione oltre 20 anni fa ed è innegabile che i principi espressi dalla stessa abbiano giustificato, al momento dell'entrata in vigore della riforma costituzionale del '97, grandi aspettative da parte del ceto forense portoghese.

Tuttavia, come vedremo, la Costituzione portoghese ha sì sancito determinati ed importanti principi generali, ma delegando al legislatore affinché, con legge ordinaria, provvedesse a dare concreta attuazione a detti principi.

Accade ora, a 20 anni dalla riforma, che i Colleghi portoghesi lamentano la lacunosità e, per certi versi, la frammentarietà della legislazione secondaria, fino ad ipotizzare una 'incostituzionalità per omissione' dell'attuale assetto legislativo di quel Paese.

L'ART. 208 (PATROCÍNIO FORENSE).

Con la quarta riforma costituzionale, attuata mediante la legge costituzionale n. 1/97 del 20 settembre (in vigore dal 05/10/1997), la funzione difensiva è stata introdotta nella costituzione portoghese, l'art. 132 della predetta legge ha infatti aggiunto al testo previgente della legge fondamentale l'art. 208, che recita:

(Patrocínio forense)

A lei assegna aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

«La legge assicura agli avvocati le immunità necessarie per l'esercizio del mandato e disciplina la difesa (patrocinio giudiziario) come elemento essenziale per l'amministrazione della giustizia»

Come nel nostro sistema, anche in quello portoghese la norma costituzionale è di rango superiore rispetto alla norma ordinaria, la quale pertanto deve obbedire e non essere mai in contrasto con il dettato costituzionale.

Nell'art. 208 della CRP, come rimarcato dalla migliore dottrina all'indomani della quarta riforma costituzionale (RODRIGO SANTIAGO, *Sobre o novo regime juridico-penal da responsabilidade dos advogados por factos praticados no exercício da profissão, em Sub Júdice, 1999, n° 14, pág. 73*), viene riconosciuto che l'avvocatura svolge una importante funzione sociale di intervento e di

collaborazione per il perseguimento dell'interesse collettivo che sottostà al servizio pubblico della giustizia. Gli avvocati, si osserva, sono coloro che, nella lite giudiziaria, rappresentano il popolo ed in particolare, quegli elementi del popolo che in un processo dimostrano di avere 'fame e sete di giustizia'.

La lei n. 3/99 de 13 de Janeiro.

Successivamente alla riforma costituzionale, la legge n. 3/99 - c.d. LOTJ (*Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais*), corrispondente alla nostro R.D. n. 12/41 sull'ordinamento giudiziario - artt. 114 e 116 ha introdotto norme ordinarie sul mandato giudiziale.

L'art. 114, comma 3, in particolare prevede che:

'A imunidade necessaria ao desempenho eficaz do mandato forense é assegurada aos advogados pelo reconhecimento legal e pela garantia de efectivação, designadamente:

- a) do direito à protecção do segredo profissional*
- b) do direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de actos conformes ao estatuto da sua profissão*
- c) do direito à especial protecção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa'*

L'immunità necessaria all'efficace svolgimento del mandato giudiziario è assicurata agli avvocati attraverso il riconoscimento legale e la garanzia di effettività, in particolare:

- a) dal diritto alla protezione del SEGRETO PROFESSIONALE
- b) del diritto al libero esercizio della difesa e alla ASSENZA DI SANZIONI per la pratica di atti conformi alle leggi vigenti in ordine alla sua professione
- c) dal diritto ad una speciale protezione delle COMUNICAZIONI CON IL CLIENTE ed al mantenimento della SEGRETEZZA DELLA DOCUMENTAZIONE relativa alla difesa

L'art. 116, prevede che gli avvocati dispongano, in ciascun edificio ove si svolge la funzione giudiziaria, di un locale e di attrezzature destinate al loro uso esclusivo.

La lei n.º 145/2015 de 9 de Setembro (EOA)

Questa legge (*Estatudo da Ordem dos Advogados* - Statuto dell'Ordine degli Avvocati), c.d. EOA, pone alcune ulteriori importanti garanzie a presidio della funzione difensiva - in particolare per quanto riguarda il segreto professionale, le comunicazioni tra avvocato e cliente e lo studio professionale - tra cui merita segnalare gli artt. 75 e 76, che pongono la riserva di giurisdizione escludendo ogni attività di iniziativa alla p.g. in ogni caso di apposizione di sigilli, perquisizione e sequestro da eseguirsi negli studi professionali, con procedure assai simili a quelle italiane per la prevista partecipazione del Presidente dell'Ordine nell'esecuzione di dette attività.

Artigo 75.º

Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios ou sociedades de advogados

1 - A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório ou sociedade de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, **só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente.**

2 - Com a necessária antecedência, o juiz deve convocar para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho regional, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, conforme os casos, os quais podem delegar em outro membro do conselho regional ou da delegação.

3 - Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer.

4 - Às diligências referidas no n.º 2 são admitidos também, quando se apresentem ou o juiz os convoque, os familiares ou trabalhadores do advogado interessado.

5 - Até à comparência do advogado que represente a Ordem dos Advogados podem ser tomadas as providências indispensáveis para que se não inutilizem ou desencaminhem quaisquer papéis ou objetos.

6 - O auto de diligência faz expressa menção das pessoas presentes, bem como de quaisquer ocorrências sobrevindas no seu decurso.

Artigo 76.º

Apreensão de documentos

1 - **Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão.**

2 - A proibição estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado.

3 - Compreendem-se na correspondência as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado.

4 - Excetua-se o caso de a correspondência rispettare a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido.

Ulteriori garanzie, direi corrispondenti, sono previste dal CPC e CPP.

Nonostante tale sistema posto a presidio della funzione difensiva e la sua costituzionalizzazione, gli avvocati portoghesi non sono convinti della piena attuazione dell'art. 208 della CRP.

È diffusa, nel ceto forense lusitano (ma anche in quello accademico), l'opinione che la genericità dei principi affermati dalla norma costituzionale, unita all'inerzia del legislatore nel dare concretezza ed attuazione alla stessa, abbiano condotto ad un assetto ancora non soddisfacente per non avere di fatto congegnato un vero e proprio sistema di immunità.

In un contesto siffatto, alcune voci della dottrina in Portogallo - proprio muovendo dall'evidente non immediata 'esecutività' del precetto costituzionale e dal difetto di misure legislative necessarie per l'applicazione dell'art. 208 CRP - giungono ad ipotizzare una sorta di 'violazione costituzionale per omissione' da parte del legislatore nazionale, che dovrebbe intervenire realizzando un preciso sistema di immunità, mutuando analogicamente la disciplina prevista per le immunità che la stessa CRP riconosce ai deputati ed adattandola alla funzione difensiva.