

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ...

Sentenza

procedimento disciplinare n. xxxxxxxx

a carico di:

Avv. XY

incolpato:

CAPO A) Violazione degli art. 52 canone I[^] (in relazione agli artt. 391 bis e 391 ter c.p.p.) e canone I[^] nn. 14 e 15 nonché dell'articolo 14 del codice deontologico forense:

in quanto svolgeva l'attività di indagine difensiva di cui agli artt. 391 bis e ter cpp in relazione al procedimento penale n. 00000/0000 RGNR a carico di DT (da lui assistito) e formava n. 2 verbali di sommarie informazioni non rispondenti al vero, che successivamente depositava presso la cancelleria del ..., così violando le regole deontologiche che disciplinano il rapporto tra Avvocato e testimone e il dovere di verità.

CAPO B) Violazione degli art. 52 canone I[^] (in relazione all'art. 391 bis comma 8 c.p.p.), e canone I[^] nn. 14 e 15 nonché degli articoli 8 e 14 del codice deontologico forense:

in quanto svolgeva l'attività di indagine difensiva di cui agli artt. 391 bis e ter cpp in relazione al procedimento penale n. 00000/0000 RGNR a carico di DT (da lui assistito) e formava n. 2 verbali di sommarie informazioni nei quali ometteva di dar atto della presenza dell'imputato DT, verbali che successivamente depositava presso la cancelleria del ... Condotta consistita nella violazione: a) delle regole deontologiche che disciplinano il rapporto tra Avvocato e testimone, b) del dovere di diligenza e c) del dovere di verità.

*

Con note del ... e del ..., l'Avvocato XY comunicava al Consiglio – *rispettivamente* – la fissazione dell'udienza preliminare di un procedimento penale a suo carico e l'esito del giudizio, celebratosi con il rito abbreviato.

Il giorno ..., il Consiglio deliberava l'apertura del procedimento disciplinare a carico dell'Incolpato per rispondere dei capi ascrittigli, anticipandone notizia con raccomandata a/r del ...

Si provvedeva alla notificazione sia delle incolpazioni sia della citazione per la seduta del consiglio del ... (le notifiche sono regolari e risultano eseguite, a mezzo Ufficiale Giudiziario, in data ... al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di ..., e in data ... all'avv. XY.

L'Incolpato compariva, assistito dal suo Difensore, alla seduta del ...

Nessuno era presente per la Procura della Repubblica di ...

In quella seduta si svolgeva la relazione e si acquisiva copia integrale della sentenza n. ... del ... (motivazione depositata il ...) con la quale il Giudice di ... aveva definito il primo (ed anche unico)¹ grado del giudizio del processo penale a carico dell'Incolpato.

Il verbale della seduta del ... veniva notificato a mezzo ufficiale giudiziario alla Procura della Repubblica di (...).

Nella seduta del ..., comparso l'Incolpato e il suo Difensore, assente il rappresentante della Procura della Repubblica di ..., si dava atto del deposito di una memoria difensiva autorizzata con allegato corredo documentale.

Indi la difesa discuteva il procedimento e interveniva, personalmente, l'avv. XY.

Il Consiglio dichiarava chiuso il dibattimento; si ritirava in camera di consiglio e, all'esito, pronunciava sentenza come da dispositivo in calce.

*

Sono versati in atti (in allegato alla memoria difensiva):

(1) I verbali di sommarie informazioni rese al difensore in indagini difensive da TIZIO (il ...) e rese dal teste alla P.G. (il ...);

(2) I verbali di sommarie informazioni rese al difensore in indagini difensive da CAIO (il ...) e rese dal teste alla P.G. (il ...);

(3) Il verbale di assunzione di informazioni rese al P.M. da MEVIO (il ...).

(4) Il verbale dell'udienza preliminare del ... (proc. Pen. n. 0000/0000 RG NR, 0000/0000 RG GIP) con allegata la delega del PM di acquisizione dei verbali resi alla PG nell'ambito del procedimento n. 0000/00 mod. 44 (poi iscritto al n. 0000/00 RG NR Mod. 21 a carico dell'Incolpato);

(5) copia del decreto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni in caso di urgenza (proc. n. 0000/00 RG NR Mod. 44) sull'utenza cellulare 000/000000 in uso a DT;

(6) copia integrale della sentenza n. 00/0000 del ... (motivazione depositata il ...).

*

Nel procedimento penale da cui origina la vicenda disciplinare (n. 0000/00 RG NR Mod. 21) era contestato all'Incolpato il reato di falso ideologico continuato ed aggravato in relazione all'attività di indagini difensive da Egli svolta in favore del suo assistito, signor DT.

Oggetto della falsità contestata erano i verbali di investigazione difensiva contenenti le dichiarazioni rese dai soggetti informati sui fatti (TIZIO e CAIO). Tanto sia in relazione al contenuto dei verbali sia in relazione alla omessa verbalizzazione della presenza dell'imputato (DT) all'atto dell'assunzione.

¹ La sentenza non è stata impugnata né dalla Procura né dalla Difesa.

Deve darsi atto che l'avvocato XY è stato assolto dalla contestazione di falsità (del contenuto) delle dichiarazioni rese dai soggetti informati sui fatti.

E' stato, invece, ritenuto responsabile del reato ascrittogli² con riferimento alla omessa verbalizzazione della presenza dell'imputato (DT) in occasione dello svolgimento dell'attività di indagine difensiva.

Nelle more del giudizio disciplinare, la sentenza penale è divenuta definitiva.

*

La vicenda sottostante-

Officiato della difesa di DT³, l'Incolpato aveva svolto le indagini difensive di cui s'è detto, assumendo a sommarie informazioni (non registrate) due soggetti.

I verbali erano poi stati depositati (il ...) nel processo a carico del DT.

Il giorno precedente l'udienza del ..., MEVIO (parte civile nel processo sottostante), aveva reso dichiarazioni al pubblico ministero informandolo che l'attività di indagine difensiva svolta dall'Incolpato, e versata agli atti il ..., recava l'asserito falso contenuto delle dichiarazioni rese al Difensore da TIZIO e CAIO.

Ne nasceva un'indagine parallela, dapprima iscritta nel registro a carico di Ignoti e successivamente a carico dell'Incolpato.

I termini, anche temporali, di quell'indagine non rilevano nella presente vicenda né sono meritevoli di approfondimento le critiche (temporali e formali) sviluppate nella memoria in difesa dell'Incolpato.

*

Occorre ancora osservare che l'Avvocato, nel momento in cui svolge attività di indagine difensiva, riveste la qualifica di pubblico ufficiale *ex art. 357 c.p.*, con la conseguenza che il verbale da lui formato è, a tutti gli effetti, un atto pubblico (Cass. SSUU sentenza 27/6/2006 n. 32009, ric. Schera).

La difesa dell'Incolpato, con dovizia di particolari, ha criticato il portato dell'arresto a SSUU.

Com'è noto si tratta di una questione assai controversa, soprattutto negli approfondimenti della dottrina.

La Corte di Cassazione (sez. II penale, sentenza n. 6524 del 20/01/2011) sembra aver aperto una "breccia" sulla qualificazione giuridica da attribuire al Difensore che svolga le indagini difensive.

La Difesa dell'Incolpato s'è profusa nell'esame della pronuncia da ultimo citata, sottoponendo a serrata critica "*la qualificazione giuridica del reato*" contestato all'Incolpato.

2 (artt. 81 cpv, 61 n. 2, 479 in relazione all'art. 476 co. 2 c.p.)

3 Titolare di una ditta individuale, era imputato di violenza privata in danno di alcuni suoi dipendenti.

In effetti, la Corte di Cassazione (sent. n. 6524/2011 *cit.*) sembra discostarsi dal noto arresto a SSUU (c.d. sentenza Schera), affermando che la qualità di pubblico ufficiale <<*non è ascrivibile al difensore ed al suo sostituto ...*>>.

Va, però, osservato che in quel caso la Corte confermò la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto la <<*inutilizzabilità [dei verbali di dichiarazioni assunte in indagini difensive] a causa della inosservanza delle formalità prescritte negli artt. 391 bis e 393 ter c.p.p., in particolare per la mancata sottoscrizione in ogni foglio del verbale delle dichiarazioni testimoniali assunte dal difensore*>>.

Aveva osservato la Corte che l'informazione assunta è radicalmente inutilizzabile, laddove non sia in linea con la disposizione di cui all'art. 391 *ter* c.p.p. (norma che rimanda all'osservanza delle disposizioni di cui al titolo III del libro II e quindi anche all'art. 137 c.p.p., prescrivendo la sottoscrizione dei verbali in ogni foglio).

La Corte aveva escluso che la “carezza formale” dell'atto dovesse essere ricondotta nell'alveo dell'art. 142 c.p.p. (formazione del verbale in un ambito istituzionale ed ontologicamente garantito da imparzialità, con sanzione di nullità del "verbale" nell'ipotesi di assenza della sottoscrizione del pubblico ufficiale). E ciò in quanto gli artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p. regolano una situazione che è caratterizzata dall'assenza di un pubblico ufficiale e non è gestita in ambito di giustizia istituzionalizzato. Per l'effetto, aveva concluso nel senso che <<*all'assenza delle pregnanti garanzie di imparzialità che offre l'ufficio di giustizia si sopperisce, allora, con l'assoluto rigore costituito dalla sanzione di inutilizzabilità*>> ritenuta assorbente sulla (disconosciuta) qualifica di pubblico ufficiale del Difensore.

La questione di legittimità all'esame della seconda sezione della Corte di Cassazione trovò, quindi, soluzione (processuale) nella ritenuta inutilizzabilità dell'atto, a fronte di una condotta che esauriva la sua disvalenza nell'aspetto formale (omessa sottoscrizione di ogni singolo foglio del verbale di indagini difensive); in quel contesto, *incidenter tantum*, la Corte ritornò sul tema della qualificazione giuridica da attribuire al Difensore che svolge indagini.

Ritiene il Consiglio che l'*obiter dictum* della sentenza n. 6524/2011 non comporti un autentico ripensamento dell'orientamento espresso dalle SSUU (sentenza 32009/2006, Schera).

In ogni caso, va osservato come la questione sia ormai superata dall'intervenuto giudicato sul titolo penale e non abbia alcun rilievo sulla verifica deontologica di competenza del Consiglio.

Quale che sia, infatti, la qualificazione giuridica da attribuire al Difensore nell'atto di svolgere le indagini difensive ciò che, nel caso di specie, rileva è se la condotta del Professionista abbia o meno violato gli addebiti disciplinari ascrittigli.

Occorre, dunque, analizzare partitamente le due contestazioni.

*

CAPO A)

L'ipotesi in verifica riguarda il contenuto delle deposizioni rese al Difensore dalle persone informate sui fatti.

Come emerge dalla risultanze in atti, il contenuto dei verbali è fedele.

Conforta l'assunto sia l'esame della documentazione acquisita nell'ambito del procedimento disciplinare sia la puntuale analisi compiuta nella sentenza del ... (ormai definitiva) che, sul punto, ha assolto il Professionista (sentenza pagg. .. e ss).

Si legge nella sentenza: “*OMISSIS*”.

Tale giudizio è condiviso dal Consiglio dell'Ordine con riferimento ai verbali oggetto di analisi.

Segnatamente, quanto ai verbali delle dichiarazioni rese (sia al Difensore sia alla PG) da:

1) TIZIO: emerge da entrambi i verbali (Difensore e PG) che il dichiarante aveva evidenziato il mancato rendimento sul lavoro di MEVIO;

2) CAIO: il contenuto di entrambi i verbali conferma un dato storico sostanziale: (2a) il datore di lavoro aveva ripreso più volte alcuni suoi dipendenti per questioni lavorative; (2b) i dipendenti in questione avevano manifestato sentimenti di rivalsa nei confronti del datore di lavoro. In questo quadro, è nei fatti depotenziato l'assunto che vorrebbe smentito dal Dichiarante quanto riferito al Difensore circa le minacce di licenziamento, manifestate dal datore di lavoro nei confronti dei dipendenti. Infatti, la lettura integrale della narrazione conferma il contenuto dichiarativo in termini di logicità e coerenza.

OMISSIS

*

CAPO B)

E' accertato che nel corso della assunzione delle informazioni rese al Difensore dalle persone informate sui fatti fosse presente il DT (imputato nel processo nel quale, poi, confluiranno gli esiti delle indagini difensive).

E', altresì, accertato che la presenza del DT non venne verbalizzata nel corpo dei verbali raccolti dal Difensore.

Assume poca rilevanza – se non ai fini del trattamento sanzionatorio – la circostanza che il ruolo del DT abbia assunto caratteristiche da “cerimoniere” (presentazione dei testi al Legale) e che la sua presenza sia stata “a singhiozzo” durante la deposizione dei Dichiaranti.

Ciò sul rilievo – pure opportunamente evidenziato nella sentenza del ... – che il DT avesse una sedia a lui “dedicata” nella stanza all'interno dello studio in cui erano assunte le deposizioni. Tale circostanza depone per una “programmata” (e comunque non “impedita”) presenza del DT; presenza che è stata, del resto, verificata nel corso di tutte le deposizioni ed è stata confermata sia dai collaboratori di studio dell'avvocato XY sia dai Dichiaranti.

Com'è noto, la norma di riferimento alla quale sono agganciate le contestazioni deontologiche è l'art. 391 bis comma 8 c.p.p. (“*all'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private*”).

Di nessun rilievo appare la “limitazione” codicistica alla “*persona sottoposta alle indagini*” rispetto alla “*veste*” assunta dal DT (imputato, giusta esercizio dell'azione penale al momento della investigazione difensiva), sol che si abbia mente al disposto dell'art. 61 comma 2 c.p.p..

In virtù degli artt. 52 e 14 CDF⁴ sussiste il dovere di verbalizzazione “completa”, che impone di dare atto, a verbale, anche di tutto ciò che è sfavorevole alla difesa. Nel più sta il meno: occorre dare atto a verbale anche della presenza dei soggetti (tutti) presenti al compimento dell'atto.

Almeno sotto il profilo deontologico qui in esame, non è conferente che la sanzione di inutilizzabilità, prevista dal codice di procedura penale, sia limitata alla omissione delle *disposizioni di cui ai commi precedenti* (art. 391 bis comma 6 c.p.p.). Analogamente irrilevante è che a tale sanzione s'accompagni, per espressa previsione codicistica, anche quella disciplinare (art. 391 bis comma 6 c.p.p.).

Invero, la sanzione (di inutilizzabilità) e la prescrizione (di rilievo deontologico) previste dal comma 6 dell'art. 391 bis cit. “accedono” alla violazione di quelle *regole minime essenziali* che devono osservarsi nello svolgimento delle indagini difensive.

Ciò non toglie, ovviamente, che anche altre “violazioni” possano assumere rilievo disciplinare a prescindere dalla esplicitazione di una sanzione (processuale) di inutilizzabilità o di disvalenza (disciplinare).

Invero, la “piattaforma normativa” di riferimento non può (né deve) essere circoscritta alle previsioni del codice di procedura penale, ma va doverosamente estesa alle regole deontologiche del CDF.

In questi termini è stata elevata l'incolpazione: violazione dell'art. 52 canone I[^] (in relazione all'art. 391 bis comma 8 c.p.p.) e canone I[^] nn. 14 e 15 nonché agli artt. 8 e 14 del codice deontologico forense.

E' dal combinato disposto di queste norme che si trae la regola deontologica: (a) il Difensore non *deve* consentire la presenza alle indagini dei soggetti indicati all'art. 391 *bis* comma 8, e (b) è tenuto a verbalizzare fedelmente l'atto di investigazione.

Infatti, per esplicita disposizione del CDF, “*il difensore ha il dovere di rispettare tutte le disposizioni fissate dalla legge e deve comunque porre in essere le cautele idonee ad assicurare*”

4 Ed anche ex art. 12 del regolamento del penalista nelle investigazioni difensive, elaborato dall'Unione delle Camere Penali Italiane sin dal 15 maggio 2001 (aggiornato il 19 gennaio 2007), a norma del quale: <<*il difensore o il suo sostituto danno tutte le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni*>>. La fonte assume rilievo sol che si consideri che le regole UCPI sono state, di fatto, integralmente recepite nel vigente codice deontologico forense.

la genuinità delle dichiarazioni ... deve documentare in forma integrale le informazioni assunte” (art. 52 canone I[^] nn. 14 e 15).

Appare evidente dal dettato normativo come non rilevi la mancata previsione nel codice di rito di una sanzione (di inutilizzabilità o disciplinare) collegata all'omessa osservanza del precetto di cui al comma 8 dell'art. 391 *bis* c.p., sol che si abbia riguardo alla lettura combinata della norma con la regola codificata nel CDF all'art. 52.

E' evidente, peraltro, come la regola processuale (comma 8 art. 391 *bis* cit.) “assista” un'esigenza di genuinità della fonte, che è proprio quella richiamata al n. 14 del canone I[^] dell'art. 52 CDF.

Non vi sono margini per ulteriori distinzioni interpretative.

Proprio a mente del soffermo sul quale s'è spesa la Difesa del Professionista incolpato (Cass. Pen. Sez. II n. 6524 del 20/01/2011) la “qualità” di pubblico ufficiale assunta dal Difensore in indagini dovrebbe “scemare” a fronte delle sanzioni (processuale e deontologica) che assistono l'incompletezza dell'atto investigativo. Come dire: se c'è sanzione non c'è (*rectius*: non ci sarebbe) qualifica di pubblico ufficiale. Per inferenza ne deriverebbe che, laddove non vi sia sanzione, il Difensore sarebbe qualificabile come pubblico ufficiale. Ed è evidente il paradosso: nel caso di specie dovrebbe concludersi per la qualifica di pubblico ufficiale che è invece decisamente contestata dalla Difesa del Professionista.

*

La questione va, dunque, ricomposta nei termini che seguono.

Il Difensore nell'atto di investigazione difensiva riveste la qualifica di pubblico ufficiale (sentenza a SSUU Schera, cit.).

Il soffermo di cui alla sentenza n. 6524/2011 non ha carattere di innovazione giurisprudenziale, essendo limitato alla risoluzione della questione processuale in quel contesto scrutinata e costituendo l'affermazione (di apparente contrasto) argomento incidentale.

Per espressa previsione del codice deontologico forense - da leggersi in combinato disposto con la regola di comportamento di cui al comma 8 dell'art. 391 *bis* cit. - è fatto obbligo al Difensore di assicurare che all'atto di investigazione difensiva non partecipino i soggetti indicati nella norma del codice di rito.

E' indifferente che la regola processuale non preveda sanzioni processuali per il caso dell'omissione, assumendo rilievo, sul piano disciplinare, il codice deontologico forense.

Una moderna interpretazione del ruolo dell'Avvocato, come parte della giurisdizione, impone del resto di ritenere che il Difensore sia analogicamente tenuto all'osservanza della regola di cui all'art. 124 c.p.p., chiaramente ispirata al principio di *fairness* che ontologicamente qualifica il processo accusatorio e del quale, l'indagine difensiva, costituisce indefettibile presupposto.

Per massima d'esperienza, la presenza dell'Imputato nel contesto in cui si procede all'assunzione di dichiarazioni rese in attività di indagine difensive espone al rischio di

inquinamento della fonte dichiarativa. Ciò è tanto più vero nel caso di specie, ove si consideri che i soggetti assunti a sommarie informazioni erano, all'epoca dei fatti, tutti dipendenti del DT, e che la vicenda processuale che vedeva imputato quest'ultimo atteneva ad una violenza privata consumata in danno di altri dipendenti⁵.

La circostanza che le dichiarazioni verbalizzate siano risultate – quanto al loro contenuto – sostanzialmente veritiere non elide il rilievo disciplinare della condotta ascritta al Professionista incolpato, rilevando semmai sotto il profilo sanzionatorio.

Inoltre, la contestazione a carico del Professionista attiene alla violazione del dovere di diligenza (art. 8) e di verità (art. 14) con la conseguenza che non “leggere” nella condotta contestata caratteristiche di disvalenza disciplinare condurrebbe, paradossalmente, a ritenere violato il dovere di cui all'art. 12 del CDF, sulla considerazione che è dovere di competenza dell'Avvocato conoscere la regola di cui al comma 8 dell'art. 391 *bis* c.p.p..

Per queste ragioni va ritenuta la illiceità disciplinare della condotta contestata al capo b).

*

Ai fini del trattamento sanzionatorio si osserva.

Nella condotta del Professionista incolpato v'è un'evidente inosservanza della chiara e nota regola codicistica (art. 391 *bis* comma 8 c.p.p.), che si pone in contraddizione con i doveri deontologici di cui agli artt. 52, 8 e 14 del CDF.

Per le considerazioni svolte, la condotta s'è concretizzata non solo nella inosservanza di una regola formale, ma anche nel volontario deposito degli atti di investigazione difensiva. Tuttavia, essa non pare aver compromesso (a monte) la genuinità delle fonti dichiarative.

Occorre, quindi, ribadire che: (i) il contenuto dei verbali di investigazione difensiva è risultato sostanzialmente genuino; (ii) non v'è prova di un condizionamento agito – quantomeno in forma esplicita – dal DT verso i Dichiaranti.

Il Professionista: (i) non ha precedenti; (ii) ha lealmente collaborato con il Consiglio, ammettendo gli addebiti; (iii) ha, per primo e tempestivamente, denunciato l'esistenza del procedimento penale a suo carico e (iv) l'esito di quel giudizio. Tali elementi nel rapporto di comparazione devono essere valutati, con giudizio di prevalenza, a favore dell'Incolpato.

Ne deriva che, ad avviso del Consiglio, la sanzione adeguata al caso di specie, per il solo capo b), è quella dell'avvertimento.

PQM

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di ..., all'unanimità

DICHIARA

l'Avv. XY responsabile dei fatti ascrittigli al capo b) e, per l'effetto, gli commina la sanzione dell'avvertimento.

⁵ Ritiene il Consiglio di condividere l'assunto di cui alla sentenza del ... (pag. ...): “OMISSIS”.

Assolve l'Incolpato dalla contestazione di cui al capo a) perché il fatto non sussiste.

Il Presidente

Il consigliere relatore

Avv. WQ

Avv. JK