

L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI TIPIZZAZIONE DELL'ILLECITO DEONTOLOGICO

AVV. ATTILIO CARLO VILLA

1) PREMESSA STORICA SULLA VALUTAZIONE DEL COMPORTAMENTO DISCIPLINARMENTE RILEVANTE.

Sebbene non sia tra coloro che ritengono essenziale una interpretazione storica della norma, tuttavia, per la importanza che la nuova formulazione dell'art. 20 CDF assume avendo regolamentato in modo completamente diverso la materia del fatto disciplinarmente rilevante, non pare fuor di luogo far precedere alle osservazioni critiche e di applicazione che verranno fatte, un excursus storico del rapporto tra fattispecie reale e normativa deontologica.

Dopo la lex Cincia del 204 a.C. – che peraltro riguardava solo l'aspetto della gratuità della attività dell'avvocato nell'ambito di un più generale assetto dell'istituto della donazione – che ha trovato prima una conferma in un Senatusconsultum del periodo di Augusto e poi modifica in due interventi degli imperatori Claudio e Traiano¹, vi è stato un lungo periodo di assenza di legislazione e codificazione sulle modalità di svolgimento della professione di avvocato².

Anzi, si potrebbe dire che sino al Codice Deontologico Europeo del 1988, a cui hanno fatto seguito il Model Code e le Model Rules dell'American Bar Association e i codici deontologici dei singoli Stati o Ordini europei, non vi è stata alcuna codificazione avente una rilevanza ed una cogenza di carattere generale.

Nel corso di questo lungo lasso temporale, non vi è stato tuttavia un silenzio assoluto: a partire dall'opera di sant'Ivo³, con il solo esempio di un testo conosciuto pubblicato in Venezia⁴ nel 1561, nel tempo si sono succedute solo pubblicazioni, provenienti da illustri studiosi, nei quali

¹ Si veda ad esempio TACITO, *Annales*, 11.5, 11.6, 11.7

² Pur non essendo una vera codificazione della professione di avvocato tuttavia appare degna di segnalazione la definizione contenuta nel Codice Giustiniano, 2.7.14, secondo la quale l'avvocato, infine, "è un guerriero che dirime le liti dall'esito ambiguo e con le forze della sua difesa, nelle cause pubbliche e private; ripara i torti".

³ Si tratta dei Comandamenti dell'avvocato un'opera scritta dal santo che fu , prima che sacerdote, avvocato a Rennes e Treguier e che, per tale motivo, è considerato il patrono degli avvocati

⁴ Ordini degli avvocati di Vinegia, 1561, ove, tra le varie prescrizioni, al cap. LXII, si proibisce agli avvocati di fare "contratto di alcuna cosa con i clienti".

gli autori si sono di volta in volta sforzati di fornire regole di comportamento per gli esercenti la professione forense⁵.

Neppure nella precedente legislazione degli anni 1933 e 1934 – pur in presenza di uno stato sociale la cui missione era certamente la regolazione di ogni rapporto nello stato ed in funzione di questo – si sentì il bisogno di creare un insieme di regole coercitive sulla modalità di svolgimento della professione di avvocato, limitandosi il legislatore a prevedere solo a chi attribuire il potere disciplinare e, con scarse norme guida, a determinarne le modalità di esplicazione.

Tutto ciò non ha però impedito che, seppure attraverso una codificazione originariamente non scritta derivante anche dai precedenti giurisprudenziali ed ordinistici, si formassero una serie di statuti e di regolamenti.

Così anche dopo l'avvento della Repubblica, ed in particolare negli anni '80 del secolo scorso, molti Consigli dell'Ordine hanno dato vita a codificazioni deontologiche locali legate alla sensibilità dei tempi che, così velocemente, stavano mutando⁶.

Poi, come si è detto, arrivò il Codice Deontologico Europeo e poi, nel 1997, il CNF approvò il primo codice deontologico forense italiano, frutto del lavoro di una commissione, e delle osservazioni degli Ordini e delle Associazioni Forensi, la quale si era avvalsa della copiosa giurisprudenza disciplinare sia del CNF sia degli ordini che aveva a sua disposizione.

Non è questo il luogo ove soffermarsi in una analisi più sociologica che giuridica sulle ragioni che hanno portato alla codificazione – a mio parere, da un lato, vi era la necessità di una uniformità tra le decisioni degli Ordini e, dall'altro lato, dal notevole incremento del numero

⁵ Vanno ricordati, a tale proposito: G.B. MAGONIO, *De rebus iudicialiter patrocinandis ratione tractatus*, Pavia 1609; G.A. DI GENNARO, *Delle viziose maniere di difendere le cause nel foro*, Napoli, 1748; B. IMBIMBO, *Abusi nell'Ordine degli Avvocati ne' tribunali di Napoli*, Napoli, 1779; B. BELLI, *Il galateo dei causidici*, Roma, 1839; V. MORENO, *Il Galateo degli avvocati*, Arezzo, 1843; G. ZANARDELLI, *Discorsi*, Roma 1879.

⁶ Nel corso di uno studio relativo ai regolamenti sul comportamento degli avvocati pubblicato negli anni '80, è emerso che erano stati approvati, ed erano applicati, ben 36 codici deontologici tra cui due distrettuali (Abruzzo e Lombardia occidentale).

dei professionisti forensi che si stavano affacciando alla professione in quegli anni e che necessitavano di una guida certa nell'espletamento della loro attività -, interessa invece, in questa sede, sottolineare due essenziali caratteristiche del codice. In primo luogo, esso non era una codificazione direttamente cogente: è stato necessario l'intervento delle sezioni Unite della Suprema Corte⁷ per fare in modo che venissero riconosciute alle norme del codice la qualità di norme suppletive con funzione di individuazione dei comportamenti sanzionabili. In secondo luogo, la struttura del codice, e delle norme in esso contenute, non era in alcun modo assimilabile alla codificazione tipicizzata: in realtà, le singole regole deontologiche erano accompagnate da specifici canoni regolamentanti la fattispecie concrete più ricorrenti, le quali, con la specifica introduzione di una norma (l'art. 60) che completava il sistema avvisando come le fattispecie previste non esaurivano l'ambito dei comportamenti sanzionabili, costituivano dei meri esempi.

Si può quindi affermare come la vecchia normativa disciplinare facesse riferimento ad un tipo comportamentale codificato cui dovevano attenersi i singoli avvocati nello svolgimento della propria attività professionale (una sorta di mito delle idee platonico secondo cui i singoli dovevano adeguarsi all'ideale di avvocato previsto nel codice).

2) LA NUOVA LEGGE PROFESSIONALE DEL 2012 E LE NUOVE REGOLE DI DETERMINAZIONE DELL'ILLECITO DISCIPLINARE.

⁷ "In tema di giudizi disciplinari, le deliberazioni con le quali il Consiglio nazionale forense procede alla determinazione dei principi di deontologia professionale e delle ipotesi di violazione degli stessi costituiscono regolamenti adottati da un'autorità non statutaria in forza di autonomo potere in materia che ripete la sua disciplina da leggi speciali, in conformità dell'art. 3, secondo comma, delle disposizioni sulla legge in generale, onde, trattandosi di legittima fonte secondaria di produzione giuridica, va esclusa qualsiasi lesione del principio di legalità, considerando altresì come tanto le tipologie delle pene disciplinari quanto l'entità delle stesse tra un minimo ed un massimo, ove graduabili, siano prestabilite dalla normativa statutaria" (Cass. Civ. SS UU, 3. 5. 2005 n. 9097 a cui hanno fatto seguito numerose sentenze conformi)

La nuova Legge Professionale (Lg. 31.12.2012 n. 267) ha previsto un sistema di regole e di precetti che rappresentano una vera e propria “rivoluzione copernicana” rispetto al precedente sistema disciplinare.

Si è infatti passati da un sistema caratterizzato dalla comparazione ad un modello comportamentale a forma libera ad un modello caratterizzato dalla previsione del “*nullum crimen, sine poena*” che trova il suo limite nella individuazione di quei comportamenti che violano il principio di tutela del pubblico interesse al corretto esercizio della professione. Tuttavia, per evitare il rischio di una rigidità oltremodo eccessiva, il legislatore ha ritenuto di introdurre l’inciso “per quanto possibile” con riferimento, alla modalità di redazione dei precetti sanzionatori.

Recita l’art. 3⁸ della Legge professionale che l’avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi dell’art. 35, comma 1, lett. d), e 65, comma 5.

La norma in esame ribadisce ancora una volta, sulla scorta di una consolidata Giurisprudenza, la qualità di enti pubblici non economici ad appartenenza necessaria degli Ordini Professionali, aventi una potestà regolamentare che, contrariamente al più recente passato, non deriva più solo dalla sua natura ma da una vera e propria delega attribuita dalla legge.

⁸ “L’esercizio dell’attività di avvocato deve essere fondato sull’autonomia e sulla indipendenza dell’azione professionale e del giudizio intellettuale. L’avvocato ha obbligo, se chiamato, di prestare la difesa d’ufficio, in quanto iscritto nell’apposito elenco, e di assicurare il patrocinio in favore dei non abbienti.

La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza. L’avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l’avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall’osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l’espressa indicazione della sanzione applicabile....”

Conformemente a ciò è possibile parlare oggi di una vera e propria attività di regolamentazione delegata.

La fonte generale primaria di classificazione è, come noto, la legge 400/1988, in particolare l'art. 17, che alla lettera d) individua i regolamenti concernenti il funzionamento e l'organizzazione di pubbliche amministrazioni secondo disposizioni di legge.

Da ciò discende che, in forza del principio di gerarchia delle fonti, il regolamento non può contrastare con quanto previsto nell'investitura legislativa.

Riguardo all'investitura conferita dall'art. 3 Lg. 247/2012 diversi sarebbero i problemi concernenti l'eventuale eccesso e il contrasto con la delega legislativa; ai nostri fini, ciò che importa attiene alle modalità di descrizione della condotta nella fattispecie astratta.

Sotto questo profilo appare estremamente interessante rilevare come l'originario testo approvato dal Senato della Repubblica atto n. 711 approvato nella seduta del 23.11.2010 non prevedesse l'inciso "per quanto possibile" e si parla di "stretta osservanza al principio di tipizzazione".

Tale inciso veniva invece inserito a seguito del passaggio alla Camera dei deputati (Ac 3900 approvato nella seduta del 31.10.2010) per ritransitare al nuovo e definitivo vaglio di Palazzo Madama⁹.

La ragione essenziale di tale modifica venne individuata nel rischio di una eccessiva "ingessatura dell'autonomia deontologica" che rischiava di limitare l'evoluzione della professione in senso dinamico.¹⁰

⁹ "Al comma 3, ultimo periodo, sostituire le parole: devono essere caratterizzate dalla stretta osservanza con le seguenti: , per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza" (proposta emendativa approvata nella seduta 31. 10 2010 firmatario on. Manlio CONTENUTO).

¹⁰ Le ragioni di tale modifica sono ben sintetizzate nelle parole del relatore alla Camera On. Avv. Cominelli nella seduta dell'11.06.2012 "Il testo di tale articolo, peraltro, deve essere corretto per evitare che il richiamo al principio di tassatività dell'illecito disciplinare possa ingessare eccessivamente l'autonomia deontologica, che proprio per sua natura deve poter accompagnare l'evoluzione della professione in modo dinamico. Irrigidire le previsioni secondo un principio di stretta tipicità – eliminando il necessario carattere elastico delle previsioni del codice deontologico – mette infatti a repentaglio la fondamentale apertura delle regole deontologiche all'esperienza di settore, e la stessa

Così enucleata la ragione per cui si è introdotto un principio calmierante alla regola della tipizzazione della condotta, appare evidente che l'art. 3 comma 3 della Legge di riforma introduce un criterio cui attenersi nella redazione della norma sanzionatrice: essa deve essere in grado di poter contemperare l'esigenza di tipizzazione della condotta (che rappresenta un limite per una efficace difesa nel processo disciplinare) con la variegata possibilità delle condotte che ogni giorno possono essere poste in essere dagli iscritti alla classe forense.

3) L'ART. 20 CDF NELLA ORIGINARIA FORMULAZIONE

Poste le sopra esposte premesse, ai sensi e per gli effetti dell'art. 35 comma 1 lettera d) della legge professionale con deliberazione assunta in data 31 gennaio 2014 e decorrenza dal 15 dicembre dello stesso anno – in perfetta armonia con l'inizio dell'attività dei Consigli Distrettuali di Disciplina – è stato promulgato il nuovo codice deontologico forense, all'interno del quale la responsabilità disciplinare, con particolare riguardo al principio di tipizzazione delle condotte e delle sanzioni, è stata regolata dall'art 20 che scarnamente recitava: “La violazione dei doveri di cui ai precedenti articoli costituisce illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste nei titoli II, III, IV, V, VI di questo codice”.

Tenuto conto che i titoli cui la norma si riferisce appartengono alla parte del codice riguardante le fattispecie tipizzate, essa rispondeva perfettamente alle intenzioni del legislatore.

La norma quindi sembrava significare che le sole fattispecie tipizzate nelle norme di “parte speciale”, interpretate alla luce dei principi generali di comportamento contenuti negli articoli da 6 a 19 del codice, dovevano essere considerate fonti descrittive dei comportamenti disciplinarmente rilevanti e sanzionabili.

possibilità di un loro continuo ed efficace adeguamento delle diverse declinazioni del corretto esercizio della professione che emergano dall'esperienza viva del settore e dalle concrete domande di giustizia disciplinare elevate nei confronti dei professionisti”.

Tuttavia, due elementi destavano perplessità e sospetto in relazione alla tenuta di tale impostazione da parte dell'emittendo codice deontologico.

In primo luogo, la relazione accompagnatoria al codice si dilunga sia nella premessa sia in uno specifico capitolo nell'interpretazione della locuzione "per quanto possibile".¹¹ In essa, pur non giungendo ad una impostazione diversa rispetto al dettato della legge, si affermano alcuni principi fondamentali che detteranno la rotta per le applicazioni successive da parte della giurisprudenza del CNF: infatti si determina il principio secondo il quale nel codice deontologico sono contenute solo norme aventi rilevanza disciplinare perché ogni norma, ancorché esprime concetti di carattere generale, attiene a comportamenti che concernono un interesse pubblico al corretto esercizio della professione. Pertanto anche le norme di carattere generale possono divenire di immediata applicazione, In tal modo si afferma una concezione della lettura delle norme che privilegia una valutazione incentrata sui principi generali ed in particolare sull'art. 9 del codice stesso considerata vera e propria norma di chiusura del sistema.

In secondo luogo, avendo il CNF mantenuto la struttura della parte attinente i singoli comportamenti nelle varie esplicazioni dell'attività professionale e non sostanzialmente uguale a quella del precedente codice, l'impostazione apparve immediatamente inadeguata a coprire ogni fattispecie disciplinarmente rilevante avendo riguardo ai principi generali formulati dalla legge professionale. Infatti, non venivano considerati, ad esempio, tutti quei comportamenti,

¹¹ "Il codice deve poi espressamente individuare fra le norme in esso contenute quelle che devono essere caratterizzate, per quanto possibile, dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e che devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile. Tali norme sono quelle che rispondono alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione. Vero è che risulta altresì opportuno ribadire quanto sopra già anticipato e cioè che tutte le norme che presiedono alla deontologia della funzione difensiva (se si eccettuano forse solo alcune che hanno ad oggetto lo stretto perimetro del rapporto privatistico avvocato/cliente e quello dei rapporti tra colleghi) si coniugano con la tutela del pubblico interesse ad un idoneo, qualificato e corretto esercizio della professione; così è in particolare per quelle che, in relazione all'agire dell'avvocato, assicurano la salvaguardia dei doveri di indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, doveri tutti che il comma 2 dell'art. 3 della legge n. 247/2012 richiama con diretta saldatura al "rilievo sociale della difesa" ed al rispetto dei "principi della corretta e leale concorrenza" (relazione introduttiva al codice, premessa – stralci-).

soprattutto aventi rilevanza penale, che non riguardavano specificatamente la attività professionale nonché altri comportamenti che pur all'interno della professione non rientravano specificatamente in uno dei grandi temi indicati nel codice.

Tali carenze divennero immediatamente evidenti nella applicazione delle norme da parte dei nuovi organi di disciplina forense che si trovarono immediatamente nella necessità di valutare fattispecie non specificatamente previste nel codice: alcuni scelsero la strada della stretta legalità, altri cercarono di trovare alternative interpretative fino al punto di spingersi alla applicazione dei soli principi generali.

Tutti gli studiosi e coloro che si occupavano di deontologia forense si resero comunque immediatamente conto della inadeguatezza della impostazione del codice, che era ancora ferma a quella previgente e non vi era stato quel salto di qualità, anche sotto il profilo del cambio di mentalità che l'art. 3 comma 3 della legge professionale pretendeva da parte dell'organo regolamentare degli avvocati.

Si invocò immediatamente la necessità di una revisione del codice, richiamandosi peraltro alla stessa possibilità di revisione consentita dall'art. 35 della legge e sul fatto che non vi fosse necessità alcuna di intervento da parte del legislatore primario.

Invece, la soluzione trovata fu assolutamente diversa, ed inaspettata poiché tutti, sulla scorta della lettura della norma di legge, ritenevano la necessità di aumentare e meglio specificare i comportamenti di parte speciale.

4) LA SENTENZA CNF N. 137 DEL 21 MAGGIO 2015

Il C.N.F., nella parte motiva della sentenza 21.05.2015 n. 137 (depositata il 18.09.2015)¹²

fornisce una particolare interpretazione del sistema disciplinare introducendo concetti volti al superamento della stretta corrispondenza tra violazione e sanzione.

Il C.N.F., prendendo spunto dalla riaffermazione della valenza probatoria del giudicato penale rispetto al giudizio disciplinare, enuncia i principi interpretativi in tema di applicazione della norma a fattispecie “per quanto possibile” tipizzata.

Il C.N.F., parte dal presupposto che l’inciso “per quanto possibile” vada letto nel senso di consentire al legislatore disciplinare la copertura della più ampia casistica relativa non solo all’attività dell’avvocato ma anche a quella che, pur non essendo direttamente connessa alla professione, per la rilevanza pubblicistica dello status di avvocato, ne infierisce la dignità e l’onorabilità.

Richiamata la disciplina vigente con il precedente codice deontologico ed, in particolare, la norma di chiusura dell’art. 60 allora vigente, il giudice disciplinare ipotizza che, nell’attuale ordinamento deontologico sia vigente un sistema misto, improntato solo tendenzialmente alla tipicità e governato sia da norme di rango primario che secondario le quali dettano “principi utili per circoscrivere il perimetro ordinamentale all’interno del quale deve essere ricostruito l’illecito disciplinare non tipizzato definendo la sua configurazione, la sua portata e le

¹² “Il nuovo Codice Deontologico Forense è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante, “per quanto possibile” (art. 3 c. 3 L. 247/2012), poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti (anche della vita privata) costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa. Conseguentemente, ove l’illecito non sia stato espressamente previsto (*rectius*, tipizzato) dalla fonte regolamentare, deve quindi essere ricostruito sulla base della legge (art. 3 c. 3 *cit.*) e del Codice Deontologico, a mente del quale l’avvocato “deve essere di condotta irreprensibile” (art. 17 c. 1 lett. h). Nel caso di illecito atipico, inoltre, per la determinazione della relativa pena dovrà farsi riferimento ai principi generali ed al tipo di sanzione applicabile in ipotesi che presentino, seppur parzialmente, analogie con il caso specifico (*Nel caso di specie, nell’ambito dell’attività professionale e con una strumentalizzazione del ruolo di avvocato, il professionista era stato condannato in sede penale per il reato di traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti, condotta -questa- non espressamente tipizzata dal Codice Deontologico, che tuttavia prevede la responsabilità disciplinare dell’avvocato “cui sia imputabile un comportamento non colposo che abbia violato la legge penale” (art. 4 c. 2°). In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha pertanto ritenuto congrua la sanzione della sospensione dall’esercizio professionale per la durata di anni tre*)”.

conseguenze che ne derivano pur in assenza dell'espressa previsione della condotta e della indicazione della relativa sanzione edittale".

In particolare, per ciò che attiene al caso dell'avvocato condannato con sentenza penale definitiva, lo stretto collegamento, fissato in diverse norme della stessa legge professionale, tra processo penale e procedimento disciplinare consente di poter affermare che il caso in esame rientri in quelle fattispecie per le quali "l'Ordinamento professionale debba essere necessariamente dotato di autonomi criteri indispensabili per valutare la diversa incidenza nell'ambito disciplinare di una fattispecie non tipizzata ab origine".

La sentenza, pur essendo la prima emessa dopo l'entrata in vigore del codice su una fattispecie apparentemente non tipizzata – ma in realtà, come la stessa decisione ammette, riconducibile ad una fattispecie di parte speciale -, è perfettamente in linea con quanto già affermato nella relazione al codice, confermando quindi quei sospetti già sorti nella lettura di quel documento sulla assoluta fermezza del Giudice domestico di più alto grado in una interpretazione che di fatto superi il principio di tipizzazione.

5) LE POSSIBILI CRITICHE ALLA INTERPRETAZIONE DEL CNF CONTENUTE NELLA SENTENZA 137/2015

Diverse sono le obiezioni che furono mosse.

In primo luogo, ed a livello più superficiale, l'interprete aveva buon gioco nel contestare che, nonostante la costruzione giuridica operata, di fatto la condanna disciplinare viene applicata in ragione di una precisa norma sanzionatrice (l'art. 23 comma 6 – *melius re perpensa*, comma 5 – del Codice Deontologico vigente) e non applicando la seppur richiamata disposizione generale dell'art. 4 comma 2° dello stesso codice.

Approfondendo tuttavia la riflessione tematica non può non rilevarsi come la sentenza, nel tentativo di dare giustificazione giuridica alla tesi propugnata, si richiami a presupposti normativi ed a precedenti giurisprudenziali che hanno rilevanza su altri e diversi piani interpretativi.

Richiamando le fonti primarie l'estensore della sentenza fa riferimento a tre articoli della Legge di riforma (art. 3 comma 3¹³, art. 51 comma 1¹⁴ e art. 17 comma 1 lett. h)¹⁵ che ritiene rilevanti ai fini del raccordo con le norme del codice deontologico (artt. 4¹⁶, 20¹⁷ e 21¹⁸).

Mentre l'art. 3 è norma che, per la sua collocazione, attiene ai principi generali regolanti la professione di avvocato, l'art. 51 è solo una petizione generale di principio in relazione ai compiti dei Consigli distrettuali di disciplina.

Ma, a parere di chi scrive, ancora più irrilevante è il richiamo all'art. 17. La norma è collocata nel titolo II della legge e disciplina i requisiti per l'iscrizione e la cancellazione e va raccordata

¹³ "L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF 3 ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile...".

¹⁴ "Le infrazioni ai doveri e alle regole di condotta dettati dalla legge o dalla deontologia sono sottoposte al giudizio dei consigli distrettuali di disciplina."

¹⁵ "Costituiscono requisiti per l'iscrizione all'albo: ...h) essere di condotta irreprensibile secondo i canoni previsti puniti dal codice deontologico forense;..."

¹⁶ "La responsabilità disciplinare discende dalla inosservanza dei doveri e delle regole di condotta dettati dalla legge e dalla deontologia, nonché dalla coscienza e volontà delle azioni od omissioni. L'avvocato, cui sia imputabile un comportamento non colposo che abbia violato la legge penale, è sottoposto a procedimento disciplinare, salva in questa sede ogni autonoma valutazione sul fatto commesso."

¹⁷ "La violazione dei doveri di cui ai precedenti articoli costituisce illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste nei titoli II, III, IV, V, VI di questo codice".

¹⁸ "Spetta agli Organi disciplinari la potestà di applicare, nel rispetto delle procedure previste dalle norme, anche regolamentari, le sanzioni adeguate e proporzionate alla violazione deontologica commessa. Oggetto di valutazione è il comportamento complessivo dell'incolpato; la sanzione è unica anche quando siano contestati più addebiti nell'ambito del medesimo procedimento. La sanzione deve essere commisurata alla gravità del fatto, al grado della colpa, all'eventuale sussistenza del dolo ed alla sua intensità, al comportamento dell'incolpato, precedente e successivo al fatto, avuto riguardo alle circostanze, soggettive e oggettive, nel cui contesto è avvenuta la violazione. Nella determinazione della sanzione si deve altresì tenere conto del pregiudizio eventualmente subito dalla parte assistita e dal cliente, della compromissione dell'immagine della professione forense, della vita professionale, dei precedenti disciplinari."

con il successivo comma 9 lett. a)¹⁹. Essa attiene alla competenza amministrativa dei Consigli dell'Ordine, compito delegatogli dall'art. 29 Lg. 247/2012²⁰, e la valutazione non dipende strettamente dalla violazione accertata dall'organo disciplinare, risultandone indipendente o, al limite, consequenziale, ma mai sostitutiva. La diversa competenza del COA sul punto si esplica perché la valutazione può vertere anche su violazioni deontologiche che esulino dal nucleo disciplinarmente rilevante ex art. 3 comma 3 Lg. 247/2012. Peraltro la diversa rilevanza della norma è ribadita dall'art. 36 Lg. Prof. dove, al primo comma, è ben distinta la competenza giurisdizionale del C.N.F. tra i reclami avverso i provvedimenti disciplinari e quelli in materia di albi, elenchi e registri.

Inconferente è pure il richiamo alla Sentenza della Cassazione civile resa a Sezioni Unite del 03.05.2005 n. 9097²¹.

Anche in questo caso la sentenza di pone su un piano interpretativo diverso da quello cui tende l'estensore che la richiama. Infatti il richiamo al concetto di "norme penali in bianco" attinendo alla possibilità di utilizzo di concetti diffusi nella predeterminazione e nel criterio dell'incolpazione fa riferimento alla possibilità che, nella parte precettiva della norma sanzionatrice, si utilizzino questi concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività ma non prevede alcun superamento della rigida interpretazione della correlazione tra precetto e sanzione previsto dall'art. 3 comma 3 della legge professionale.

Pertanto, ancora una volta, rimane come unico parametro interpretativo, e soprattutto come limite della delega legislativa, la necessità che, pur utilizzando nel precetto concetti diffusi riconoscibili, la norma sia caratterizzata dalla previsione di una collimante sanzione.

¹⁹ "La cancellazione degli albi...è pronunciata dal Consiglio dell'Ordine ... d'ufficio...: a) quando viene meno uno dei requisiti indicati nel presente articolo..."

²⁰ "Il Consiglio: a) provvede alla tenuta degli albi, degli elenchi e dei registri; ..."

²¹ Vd. nota 7

6) LA NUOVA FORMULAZIONE DELL'ART. 20 CDF

Nonostante le possibili critiche alla interpretazione della norma come codificata nella sentenza sopra citata e analizzata, tutta la Giurisprudenza del CNF successiva, in modo assolutamente granitico, rimase orientata conformemente a quella decisione²².

Tuttavia, non può non rilevarsi come, al di là della costante conformità ai principi originari, vi fosse la coscienza della necessità di un superamento della rigidità letterale dell'art. 20 CDF come formulato e del rischio di una censura delle decisioni come assunte in modo da superare il dettato del codice deontologico.

Tale considerazione culmina con la decisione di riformulare completamente l'art. 20 per adattare la norma alla diversa sensibilità che il CNF aveva dimostrato rispetto al principio di tipizzazione nel momento della sua applicazione concreta con la rilevata inadeguatezza rispetto alle possibili fattispecie concrete.

Di fronte alla possibile riscrittura del codice deontologico con previsione di un maggior numero di illeciti disciplinari, la scelta dell'organo direttivo nazionale dell'avvocatura fu, più semplicemente e rinfocolando così i sospetti di non riuscire a sopportare la tipizzazione come regola deontologica, quella della modifica della norma relativa alle modalità con le quali si deve ritenere sussistente un illecito disciplinare.

La nuova norma appare così riformulata: “ART. 20 RESPONSABILITA' DISCIPLINARE

1. La violazione dei doveri e delle regole di condotta di cui ai precedenti articoli e comunque le infrazioni ai doveri e alle regole di condotta imposti dalla legge o dalla deontologia costituiscono illeciti disciplinari ai sensi dell'art. 51, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

2. Tali violazioni, ove riconducibili alle ipotesi tipizzate ai titoli II, III, IV, V e VI del presente

²² CNF, sent. 21 maggio 2015 n. 137

codice, comportano l'applicazione delle sanzioni ivi espressamente previste; ove non riconducibili a tali ipotesi comportano l'applicazione delle sanzioni disciplinari di cui agli articoli 52 lettera c) e 53 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, da individuarsi e da determinarsi, quanto alla loro entità, sulla base dei criteri di cui agli articoli 21 e 22 di questo codice.”

La relazione di accompagnamento alle modifiche è estremamente chiara ed esplicita sulle modalità e sui motivi cui si è addivenuto a tale formulazione²³.

Innanzitutto, richiamati quegli stessi principi generali dell'ordinamento deontologico e quelle norme utilizzate per la precedente relazione, afferma la impossibilità di una completa tipizzazione a causa “della variegata e potenzialmente illimitata casistica di comportamenti costituenti illecito disciplinare che non consente di individuarli a priori e catalogarli con una elencazione dettagliata, tassativa e non meramente esplicativa”.

Tanto più che immediatamente prima ha precisato che” la normativa primaria e quella secondaria pongono criteri specifici, non derogabili, non aleatori e non discrezionali per definire l'incolpazione e farne discendere precisi effetti sanzionatori, con ciò assicurando nell'ambito disciplinare quella garanzia che altrove è data dalla tipicità penalistica”.

Pertanto accanto ad una tipicità “tendenziale” coesiste la valutazione dei comportamenti, più rari, non tipizzati ma in ogni caso violazione dei principi della professione.

²³ “La modifica dell'art. 20 è opportuna per esplicitare in modo incontestabile, attraverso una diversa formulazione della lettera della norma, avente anche valore interpretativo, il principio della tipicità solo tendenziale del nuovo codice. Ciò a conferma del fatto che nel nuovo ordinamento professionale forense l'illecito - quand'anche non tipizzato da una specifica norma - è comunque disciplinato compiutamente dalla legge professionale e dal codice deontologico.....Le disposizioni del codice deontologico necessariamente integrano le richiamate norme primarie, ponendo criteri idonei ad individuare e sanzionare quelle (ulteriori) condotte di rilevanza disciplinare che non siano espressamente tipizzate nel corpo del codice stesso.....La normativa primaria e quella secondaria pongono criteri specifici, non derogabili, non aleatori e non discrezionali per definire l'incolpazione e farne discendere precisi effetti sanzionatori, con ciò assicurando nell'ambito disciplinare quella garanzia che altrove è data dalla tipicità penalistica. L'impossibilità di una completa tipizzazione risulta di assoluta evidenza a causa di quella variegata e potenzialmente illimitata casistica di comportamenti costituenti illecito disciplinare che non consente di individuarli a priori e di “catalogarli” con un'elencazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa, sino ad esaurire la gamma delle ipotesi possibili.”

Ed accanto a tale concezione del precetto – che si riformula in prospettiva della incolpazione e non della norma – si accompagna la assoluta libertà nella scelta sanzionatoria, non vincolata dalla sanzione edittale, ma legata alla valutazione complessiva del soggetto, comunque legata ai criteri di valutazione contenuti nell'art. 21 CDF e pertanto non assolutamente discrezionale o aleatoria.

E' necessario quindi modificare la norma perché il codice non è in grado di prevedere tutte le fattispecie tipizzate possibili.

E' pertanto necessaria la modifica dell'art. 20 CDF perché il principio di tipizzazione tendenziale è assicurato dalla specificità della incolpazione e dalla non discrezionalità della sanzione vincolati da precise norme di legge.

Peraltro tali principi sono stati confermati (e non affermati precisa la relazione stessa) da due sentenze recenti della Corte di Cassazione la 17720/2017 e la 31227/2017.

7) LE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE 18 OTTOBRE 2017 n. 17720 e 29 DICEMBRE 2017 n. 31227

La prima delle due sentenze citate dalla relazione attiene ad una condanna nei confronti di un avvocato per aver inviato ad un Giudice, pur in pendenza di una causa di opposizione a sanzione amministrativa, una richiesta di risarcimento danni. Il COA competente riteneva la violazione dell'art. 53 CDF previgente. Il difensore rilevava nel ricorso come la norma in esame, traslata nel nuovo codice deontologico forense, non prevedesse espressamente la condotta contestata.

Il passaggio della sentenza merita di essere trascritto: “Il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense, nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti

vietati, ma solo l'enunciazione dei doveri fondamentali, tra cui segnatamente quelli di probità, dignità, decoro, lealtà e correttezza (artt. 5 e 6 del Codice Deontologico Forense), ai quali l'avvocato deve improntare la propria attività, fermo restando che anche il tentativo di compiere un atto professionalmente scorretto costituisce condotta lesiva dell'immagine dell'avvocato ed assume rilievo ai fini disciplinari.... Come l'attuale, anche l'art. 53 del codice deontologico vigente all'epoca dei fatti (2009), la cui violazione è stata ritenuta integrare l'illecito, disponeva che i rapporti con i magistrati fossero improntati alla dignità e al rispetto quali si convengono alle reciproche funzioni (1 comma). Previsione, questa, la cui ampia latitudine permette di includere anche il caso in esame.”

Anche in relazione al caso valutato dalla Suprema Corte con la sentenza 31227/2017 il capo di incolpazione originario faceva riferimento a due fattispecie di parte speciali violate (gli artt. 36 e 42 avendo l'avvocato redatto una parcella eccessiva e preteso pagamenti per onorari non dovuti). Tuttavia, nella sua parte motiva la Corte si è limitata a richiamare la possibilità di contestare un illecito disciplinare sulla base della norma di chiusura prevista dall'art. 3 comma 3 della legge professionale.

A parere di chi scrive le due sentenze non possono rappresentare un arresto giurisprudenziale confermativo della scelta fatta con la modifica dell'art. 20 CDF.

Invero, a ben vedere, esse non affrontano assolutamente il problema della valenza di una contestazione di un illecito disciplinare scisso da una norma tipizzata. In entrambi i casi era ben specificata la norma violata ed in entrambi i casi il problema posto alla attenzione della Corte attineva al rapporto tra fattispecie reale e sussumibilità della stessa rispetto alla norma ritenuta violata.

Nel primo caso la soluzione della Corte è riconducibile più ad un caso di analogia legis. La norma dell'art. 54 viene interpretata alla luce dei principi generali contenuti nel codice

deontologico e si ritiene che il precetto possa ricomprendere anche il comportamento censurato.

Nel secondo caso, l'affermazione è parimenti confermate la possibilità di analogia legis, non più rispetto ai principi codicistici, ma addirittura a quelli della legge professionale.

8) LE SENTENZE DEL CNF IN PUNTO DI TIPIZZAZIONE DELL'ILLECITO DISCIPLINARE: UNA ANALISI ED UNA VALUTAZIONE CONCLUSIVA.

A partire dalla sentenza del 2015 diverse sono i contributi che il CNF quale giudice della deontologia ha dato sino ad oggi.

Scorrendo le sentenze prima e dopo la riforma dell'art. 20 CDF è possibile stabilire che il massimo organo di Giustizia domestica ha sostanzialmente consolidato due principi.

Il primo di essi può riassumersi nella seguente massima: "In tema di illecito deontologico, la lettura congiunta dei principi di specialità e di tendenziale tipicità porta alla conseguenza per cui: a) nel caso in cui la condotta contestata non sia sussumibile in nessuna specifica fattispecie incriminatrice, è possibile ricostruire l'illecito sulla base dei doveri generali e dei valori che informano la professione forense; b) nell'ipotesi in cui, invece, la condotta sia integralmente sussumibile in una specifica fattispecie incriminatrice, l'incolpato non potrà essere sanzionato anche per l'inosservanza dei doveri generali che vengono necessariamente (e contestualmente) violati in occasione di ogni comportamento illecito tipizzato"²⁴.

Il secondo attiene al modo cui rinvenire i principi generali dell'ordinamento professionale aventi rilevanza deontologica: "Il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense, nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti vietati, giacché il nuovo sistema

²⁴ Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Secchieri), sentenza del 1° dicembre 2017, n. 198

deontologico forense -governato dall'insieme delle norme, primarie (artt. 3 c.3 – 17 c.1, e 51 c.1 della L. 247/2012) e secondarie (artt. 4 c.2, 20 e 21 del C.D.)- è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante e delle relative sanzioni “per quanto possibile” (art. 3, co. 3, cit.), poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti (anche della vita privata) costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa. Conseguentemente, l'eventuale mancata “descrizione” di uno o più comportamenti e della relativa sanzione non genera l'immunità, giacché è comunque possibile contestare l'illecito anche sulla base della citata norma di chiusura, secondo cui <la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale e della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza>”²⁵.

L'analisi delle sentenze attinenti la applicazione di questi due principi, tuttavia, rivela come gli stessi, all'atto della loro applicazione pratica, non abbiano alcuna rilevanza nella valutazione delle fattispecie che sono state proposte alla attenzione del Giudice del secondo grado disciplinare.

Invero, tranne che nella famosa sentenza 137/2015, non vi è stato nessun motivo di ricorso che abbia contestato la sussistenza di un illecito disciplinare sulla base del principio di tassatività, tutte le sentenze esaminate dal 2015 ad oggi, attengono a motivi di ricorso di merito e non di diritto, giacché vengono formulate doglianze in merito alla erronea valutazione probatoria o in merito alla eccessività della pena, ma in nessuna doglianza si contestava che il comportamento sanzionato non rientrasse in una violazione disciplinare tipica.

E' possibile qualificare le sentenze relative al principio di tipicità tendenziale in tre grandi categorie:

²⁵ Consiglio Nazionale Forense (pres. F.f. Logrieco, rel. Masi), sentenza del 12 aprile 2018, n. 26

- a) Le sentenze che, previa riqualificazione dei fatti contestati sotto la vigenza del vecchio codice in una ipotesi tipica di cui alle nuove disposizioni, si preoccupano di valutare la dosimetria della sanzione disciplinare irrogata. In questi casi, più che alla sanzione edittale stabilita, la sentenza del CNF si sofferma sulla necessità della valutazione della completa personalità dell'incolpato per giustificare l'assunzione di decisioni confermatrice o di irrogazione di una sanzione meno rilevante. Occorre tuttavia rilevare come, nella realtà, le sanzioni irrogate non si discostino comunque dalle sanzioni edittalmente previste²⁶;
- b) Le sentenze che, in assenza di una specifica indicazione delle norme violate fanno riferimento generalmente alla violazione dei doveri generali. In questi casi, tutti peraltro riconducibili a fatti tipicizzati, più volte il CNF rimedia alla carenza, mai ritenuta tuttavia motivo di nullità del procedimento, indicando le norme violate, in alcuni casi, pur essendo evidente la violazione di una norma di parte speciale, viene utilizzato l'escamotage del richiamo ai doveri professionali primari, anche se poi, nei fatti, la sanzione appare congrua con la sanzione edittale del fatto tipicizzato²⁷;

²⁶ Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Vannucci), sentenza del 18 dicembre 2017, n. 213

²⁷ Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Vannucci), sentenza del 31 dicembre 2016, n. 410 ed ancora: Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Del Paggio), sentenza del 30 dicembre 2016, n. 382, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 349, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 338, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Del Paggio, rel. Calabrò), sentenza del 20 ottobre 2016, n. 322, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Calabrò), sentenza del 14 luglio 2016, n. 204, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Calabrò), sentenza del 14 luglio 2016, n. 203, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Calabrò), sentenza del 14 luglio 2016, n. 202, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Calabrò), sentenza del 14 luglio 2016, n. 201, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 3 maggio 2016, n. 116, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Secchieri), sentenza del 3 maggio 2016, n. 112, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Calabrò), sentenza del 23 marzo 2016, n. 52, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 12 luglio 2016, n. 180, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Calabrò), sentenza del 17 febbraio 2016, n. 9, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Calabrò), sentenza del 17 febbraio 2016, n. 8, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Calabrò), sentenza del 17 febbraio 2016, n. 7, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Amadei), sentenza del 28 dicembre 2015, n. 206, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Vannucci), sentenza del 30 novembre 2015, n. 185, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Tinelli), sentenza del 24 settembre 2015, n. 150, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Picchioni), sentenza del 18 settembre 2015, n. 137.

c) Le sentenze che, in presenza di un capo di incolpazione che richiama solo norme relative a doveri o obblighi generali contenute nel vecchio codice, richiamano le parallele norme generali contenute nel codice deontologico oggi vigente. Nella realtà, anche questi casi, analizzati con la dovuta attenzione appaiono riconducibili a violazioni tipizzate tanto è vero che, di fatto la sanzione irrogata appare coerente con la sanzione tipizzata²⁸.

Se la classificazione testé realizzata è conforme alla realtà giurisprudenziale appare evidente come, nella sostanza, la riforma dell'art. 20 per quanto attiene la interpretazione del precetto appare assolutamente marginale, giacché, come più avanti si avrà modo di analizzare, prima della possibilità di applicazione della norma di chiusura dell'art. 3 comma 3 Lg. Prof., sarà ampiamente possibile il ricorso alla analogia legis.

Di più ampia portata, in funzione della applicazione futura, appare invece l'interpretazione della norma in esame in punto di irrogazione della pena in concreto.

9) UNA POSSIBILE E CORRETTA INTERPRETAZIONE DELLE IPOTESI RESIDUALI COMUNQUE NON RICONDUCIBILI ANCHE PER VIA ANALOGICA A FATTISPECIE TIPIZZATE.

Acquisito agli atti del procedimento disciplinare la descrizione di un fatto, appare evidente come colui il quale deve provvedere alla sua valutazione sotto il profilo della violazione dovrà operare attraverso una serie di filtri.

In primo luogo dovrà verificare se la fattispecie reale posta alla sua attenzione rientri perfettamente nell'ambito descritto da una norma della parte c.d. speciale del codice deontologico, cioè in una delle fattispecie prevista nelle norme dei titoli dal secondo in poi del Codice.

²⁸ Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Baffa), sentenza del 16 ottobre 2018, n. 116

Ove mancasse una precisa sussunzione della fattispecie reale rispetto al fatto tipico indicato dalla norma, sarà quindi necessario verificare se, ricondotto il fatto tipico normato ai principi generali del comportamento corretto dell'avvocato, non sia possibile ritenere che la stessa fattispecie reale sia analogicamente riconducibile al fatto tipizzato.

In assenza di tale possibilità, secondo la corrente interpretazione della tendenziale tipizzazione, l'interprete dovrà fare riferimento ai principi generali della deontologia forense ricordando che l'art. 3 comma 3 della legge Professionale rappresenta una norma di chiusura. Occorrerà, dunque, fare riferimento alla valutazione dei comportamenti che violano il corretto esercizio della professione nell'ambito della tutela del pubblico interesse.

E' necessario quindi previamente chiedersi quale sia il pubblico interesse che soggiace alla tutela indicata dalla legge.

Io credo che la norma di riferimento vada individuata nell'art. 1 comma 2 lett. b) e c) della legge 247/2012²⁹.

La lettura congiunta delle due parti della norma consente di individuare una serie di principi regolanti l'attività professionale basati, da un lato, sulla qualità del rapporto fiduciario e della prestazione professionale che implicano diligenza e competenza e, dall'altro lato, sull'esercizio della professione in autonomia e indipendenza, rispetto al cliente e a terzi nelle scelte professionali e, dall'altro lato ancora, su una serie di principi, concernenti la dignità, la lealtà, la probità ed il decoro che travalicano la mera attività professionale coinvolgendo il *modus vivendi* del professionista.

Diversi problemi pone il passaggio testé illustrato.

²⁹ "L'ordinamento forense, stante la specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta:....

b) garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti;

c) tutela l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale;..."

In primo luogo, a mio parere, vi è un insuperabile problema di violazione dei limiti della delega regolamentare. Invero, e per ora nessuno ha posto il problema sotto questo profilo ricorrendo al principio della inapplicabilità dell'atto amministrativo illegittimo, la norma dell'art. 3 della legge professionale indica in via assolutamente precisa quale debba essere la modalità di redazione del codice deontologico: accanto a norme etiche ed a principi generali dell'ordinamento deontologico – che certamente fungono da chiave interpretativa per chi debba applicare le norme specificamente indicanti precetto e sanzione – si devono prevedere norme che attengono a violazioni propriamente disciplinari in quanto concernenti la “tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione”. E solo una volta individuato il significato di tale concetto, attraverso un meccanismo di redazione della norma che tenda alla tipizzazione, che devono codificarsi i comportamenti e applicarsi le sanzioni.

Partendo da questo presupposto, il legislatore regolamentare avrebbe dovuto significativamente interrogarsi su quale sia il significato della espressione – peraltro non felice per la sua ambiguità e per la sua indeterminatezza – per poi, una volta chiarito il concetto, operare le scelte sui fatti sanzionabili anche attraverso una connotazione non necessariamente precisa sotto il profilo della descrizione della condotta avendo come limite la sua assoluta indeterminatezza.

Nel concreto tale operazione non è particolarmente complessa: una analisi statistica e comparativa, consente di poter affermare che i comportamenti non coperti da una norma tipizzata o dalla sua interpretazione analogica ex legis, sono del tutto marginali e possono significativamente situarsi in un ambito avente rilevanza penale per fatti commessi fuori dall'ambito professionale, per i quali ben potrebbe prevedersi una norma, ancorché generale di chiusura che preveda la sanzionabilità di fatti commessi dall'avvocato aventi rilevanza penale ma fuori dall'ambito professionale legando la sanzione alla gravità degli stessi.

Accanto a queste condotte, potrebbero inserirsi fatti di violazione dell'obbligo di decoro, non connessi alla professione e neppure rientranti, anche in una accezione più ampia, nella norma dell'art. 63 cod. deont.³⁰ In relazione ai rapporti con i terzi.

10) IL VERO PROBLEMA INTERPRETATIVO DEL NUOVO ART. 20. LA CARENZA DI UNA SANZIONE LEGATA ALLA VIOLAZIONE COMMESSA.

In realtà il vero pericolo legato ad una interpretazione troppo libera e slegata alla previsione della delega regolamentare non attiene al contenuto del precetto ma alla qualità della sanzione da irrogarsi.

Infatti, nell'analisi della giurisprudenza di merito, si sta facendo strada una interpretazione secondo cui, rispetto al principio del legame tra fatto tipizzato e sanzione, che i più erroneamente indicano come tipizzazione della sanzione, debba prevalere l'aspetto della valutazione complessiva della condotta che autorizzi alla irrogazione anche di sanzioni più gravi di quelle previste in aumento rispetto alla sanzione edittale.

Infatti, da un lato, il nuovo articolo 20, nella nuova formulazione del secondo comma, autorizza la irrogazione di una qualunque delle sanzioni previste dal codice in presenza di fatti riconducibili ai principi generali, e dall'altro lato, in alcune sentenze del CNF si percepisce la difficoltà di mantenere la sanzione nell'ambito anche più grave previsto dalla norma prevedente il comportamento tipizzato³¹.

L'applicazione dei principi sulla analogia legis come sopra indicati consente di poter limitare i casi di applicazione di una sanzione "svincolata" e lasciata alla libera valutazione dell'interprete.

³⁰ "Art. 63 – *Rapporti con i terzi*: L'avvocato, anche al di fuori dell'esercizio del suo ministero, deve comportarsi, nei rapporti interpersonali, in modo tale da non compromettere la dignità della professione e l'affidamento dei terzi. L'avvocato deve tenere un comportamento corretto e rispettoso nei confronti dei propri dipendenti, del personale giudiziario e di tutte le persone con le quali venga in contatto nell'esercizio della professione. La violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento".

³¹ Cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Siotto), sentenza del 24 novembre 2016, n. 336

Tuttavia, chi scrive si rende perfettamente conto che la stretta applicazione del vincolo tra comportamento codificato e sanzione appare sicuramente inadeguato in tutti quei casi nei quali quest'ultima appare particolarmente inadeguata anche nella misura più aggravata ai sensi del comma 2° dell'art. 22 CDF³². Non sono infatti rari i casi in cui il comportamento, ad esempio sanzionato con la misura dell'avvertimento (e quindi al massimo con la sospensione per mesi due) sia di portata talmente grave nel suo complesso da sentire come inadeguata anche la sanzione più grave.

Ciò può avvenire in ragione di un comportamento reiterato nel tempo con la commissione di talmente tante violazioni da ritenere addirittura che si possa non mantenere il professionista degno di rimanere iscritto per il disdegno alla stessa professione. E' il caso dei cosiddetti "seriali", cioè quei soggetti che pongono in essere molti comportamenti della stessa specie, i quali, singolarmente presi, non appaiono gravi. Questi soggetti ben potrebbero avere diversi procedimenti singoli, nessuno giunto alla sua definizione e, in assenza di una riunione degli stessi, potrebbero in via ipotetica richiamarsi al fatto di una sostanziale incensuratezza per la non applicazione della sanzione aggravata. Sotto questo profilo il problema è un serio ripensamento dello stato di c.d. recidivanza e il problema della sanzione adeguata al numero di infrazioni commesse³³.

Ma può anche capitare che la sanzione sia sproporzionata alla enorme gravità del fatto commesso.

³² "Nei casi più gravi, la sanzione disciplinare può essere aumentata, nel suo massimo: a) fino alla sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per due mesi, nel caso sia prevista la sanzione dell'avvertimento; b) fino alla sospensione dall'esercizio dell'attività professionale non superiore a un anno, nel caso sia prevista la sanzione della censura; c) fino alla sospensione dall'esercizio dell'attività professionale non superiore a tre anni, nel caso sia prevista la sanzione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale fino a un anno; d) fino alla radiazione, nel caso sia prevista la sanzione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

³³ Sarebbe, a tale proposito, assai interessante sviluppare uno studio statistico e sociologico non solo sulle violazioni più commesse ma anche sulla rilevanza della reiterazione da parte dei medesimi soggetti.

Si pensi alla violazione della norma dell'art. 54 in relazione all'art. 53 comma 4 CDF³⁴ con un comportamento che rechi un danno economico incalcolabile alla parte avversa in ragione del rapporto di amicizia. Oppure a comportamenti verso terzi o dipendenti di tale gravità da far ritenere che la sanzione aggravata sia insufficiente.

In questi casi appare evidente come la giusta preoccupazione per l'irrogazione di una sanzione adeguata appaia contrastata dai limiti prefissati dall'art. 22 CDF.

La giurisprudenza di merito tenta di giustificare il superamento di tali limiti attraverso una lettura preponderante dell'art. 21, che regola criteri per l'irrogazione della sanzione, rispetto a all'art. 22 CDF: ma tale scelta appare non conforme al sistema poiché le regole applicative dell'art. 21 attengono alle modalità di scelta della sanzione nell'ambito della dosimetria prevista nella norma che preveda la fattispecie tipizzata.

Il pericolo però può essere quello del tentativo di superamento della individuazione della fattispecie tipica. Tale metodo evita volutamente di individuare se la fattispecie reale possa essere individuata in una condotta prevista dalle norme dei titoli diversi dal primo del codice deontologico onde poter avere mano libera nella individuazione della sanzione invocando anche in questo caso nell'art. 21 i principi generali nella irrogazione della sanzione.

Tale modalità operativa non appare tuttavia conforme alla delega regolamentare non solo sotto il profilo della violazione della regola della tendenziale tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante ma anche sotto il profilo della certezza della sanzione irrogata che è il secondo principio introdotto dalla riforma forense in punto di disciplina professionale³⁵.

³⁴ Art. 53 – *Rapporti con i magistrati.* L'avvocato non deve approfittare di rapporti di amicizia, familiarità o confidenza con i magistrati per ottenere o richiedere favori e preferenze, né ostentare l'esistenza di tali rapporti. Art. 54 – *Rapporti con arbitri, conciliatori, mediatori, periti e consulenti tecnici...* I divieti e doveri di cui all'art. 53, commi 1, 2 e 4, si applicano anche ai rapporti dell'avvocato con arbitri, conciliatori, mediatori, periti, consulenti tecnici d'ufficio e della controparte. La violazione dei divieti e doveri di cui al presente articolo comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.

³⁵ Non va peraltro dimenticato che l'intera riformulazione del procedimento disciplinare rispondeva anche ad esigenze "politiche" di certezza dell'intervento disciplinare e di corretta applicazione della pena onde evitare ogni sospetto che lo strumento della disciplina domestica fosse utilizzato, in modo più favorevole o meno favorevole per l'avvocato

11) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Si dice che uno dei padri del Code Napoleon, il giurista Jean Etienne Marie Portalis³⁶, a chi gli faceva presente come la codificazione rischiava di non considerare alcune fattispecie, rispondeva che la codificazione era in grado di valutare tutto quello che era stato giudicato fino a quel momento e che per i fatti nuovi doveva essere fatta una revisione delle norme ogni qualvolta si presentava una fattispecie non prevista.

Tale affermazione fotografa perfettamente quale debba essere il principio fondante del codice deontologico forense, che non è un libro sacro ed intoccabile³⁷.

Invero, proprio la recente modifica dell'art. 20 dimostra come sia necessaria una verifica delle norme del codice al fine di rimediare alle mancanze dello stesso sia sotto il profilo della assenza di alcune fattispecie sanzionabili, sia sotto il profilo di una rimodifica della dosimetria per alcune fattispecie disciplinari, sia sotto il profilo di una diversa e più adeguata formulazione di alcune norme attinenti a fattispecie tipiche per meglio favorire l'applicazione della interpretazione analogica. Occorre altresì un ripensamento delle norme sulla valutazione delle pene: probabilmente basterebbe introdurre correttivi alla recidivanza ed alla serialità.

Tale rivisitazione consentirebbe di evitare possibili eccezioni di violazione della delega regolamentare.

incolpato, come strumento di pressione e di potere. La reintroduzione di forme di discrezionalità troppo eccessive potrebbero comportare il ripresentarsi di aspetti negativi di tale portata.

³⁶ Jean-Étienne-Marie Portalis (Le Beausset, 1^o aprile 1746 – Parigi, 25 agosto 1807) è stato un giurista francese, «uno dei protagonisti della redazione della grande codificazione voluta da Napoleone I. Fu investito del compito di progettare il *Code Civil* in qualità di esperto di *droit écrit* di base romanistica del *Midi* (sud) della Francia, insieme agli altri tre giuristi (definiti familiarmente *artisans*) François Denis Tronchet, Félix Julien Jean Bigot de Préameneu e Jaques Maleville. Influenzato da Kant e dalla scienza giuridica di area germanica (con la quale venne a contatto durante la proscrizione seguita al colpo di Stato del 18 fruttidoro), si dedicò in particolare al lavoro di stesura del Libro preliminare - in 39 articoli - del Code Napoléon, tagliato e ridotto a Titolo preliminare prima della promulgazione definitiva.

³⁷ Tanto è vero che la stessa legge professionale ne prevede l'aggiornamento da parte del CNF nella lettera d) dell'art. 35.

Ma tale operazione non può prescindere dal fatto che gli organi di valutazione disciplinare (cioè i Consigli Distrettuali di Disciplina) si adeguino a quanto richiede un sistema di tipizzazione come quello introdotto dalla legge del 2012: perché il sistema di tipizzazione tendenziale sia efficace è imprescindibile che vengano formulati capi di incolpazione corretti nei quali si deve cercare di individuare la norma speciale di riferimento; è pure imprescindibile che, nella valutazione dei comportamenti, cioè nella motivazione della decisione si dia conto del ragionamento applicativo della norma speciale anche sotto il profilo della analogia; è assolutamente necessario che nella dosimetria della sanzione, e quindi nella parte della motivazione ad essa riferibile, si dia conto con precisione delle ragioni dell'aggravamento e comunque delle ragioni della irrogazione di una determinata sanzione senza ricorrere a affermazioni apodittiche o generiche.

Accanto a ciò è altresì utile uno sforzo da parte dei Consigli dell'Ordine nella loro funzione di vigilanza.

Appare evidente, ed è un fatto naturale in un sistema paragiudiziale come quello disciplinare, che la sanzione venga applicata in ritardo rispetto al fatto: il meccanismo della valutazione non può intervenire immediatamente.

I Consigli dell'Ordine hanno tuttavia uno strumento efficace, peraltro mai utilizzato anche a fronte di casi assai gravi che possono destabilizzare l'immagine del foro e che probabilmente sarebbe sommamente efficace nei casi di serialità: l'applicazione della cancellazione amministrativa per carenza dei requisiti di cui all'art. 17 comma 1 lett. f -g- h)³⁸ della legge 247/2012.

³⁸ "Costituiscono requisiti per l'iscrizione all'albo: *f*) non essere sottoposto ad esecuzione di pene detentive, di misure cautelari o interdittive; *g*) non avere riportato condanne per i reati di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e per quelli previsti dagli articoli 372, 373, 374, 374-bis, 377, 377-bis, 380 e 381 del codice penale; *h*) essere di condotta irreprensibile secondo i canoni previsti dal codice deontologico forense".

L'utilizzo coordinato di questi due strumenti sarà certamente la sfida del prossimo futuro della deontologia forense, e costituirà probabilmente l'unico modo efficace per consolidare, o ridare, vera dignità alla professione attraverso strumenti di controllo sulla modalità di comportamento degli iscritti.