

DOMENICO NOTARO

L'INTERAZIONE FRA NORMA PENALE E REGOLE DEONTOLOGICHE
ALLA PROVA DI RESISTENZA DELLE SCORRETTEZZE PROCESSUALI
DI AVVOCATI E MAGISTRATI ^(*)

SOMMARIO: 1. La questione “sul tappeto”. – 2. L’abuso del processo fra dimensione etica e rilievo penale. – 3. Le condizioni per un coinvolgimento delle regole deontologiche in un sistema integrato di risposte alle scorrettezze degli attori processuali. – 3.1. L’evoluzione del sistema disciplinare dei magistrati. – 3.2. L’evoluzione del sistema deontologico degli avvocati. – 4. I possibili ruoli delle regole deontologiche nel contrasto alle forme di “abuso del processo”. – 5. Conclusioni. I limiti di plausibilità di una fattispecie di “abuso del processo”.

1. *La questione “sul tappeto”*

La possibilità che le norme giuridiche ricavino indicazioni utili da regole di matrice deontologica e l’eventualità che le prime siano chiamate a coordinarsi con il sistema di precetti che servono esigenze disciplinari, non sono nuove: lo si ammette da tempo in ambito amministrativo e civile laddove norme giuridiche (ad es., l’art. 88 c.p.c.) rinviano espressamente a canoni di buona fede e correttezza. Più recentemente tali prospettive si sono affacciate in ambito penale, nonostante qui sia destinato a far sentire la sua maggior influenza il principio di legalità con i suoi corollari di riserva di legge, di determinatezza e tassatività del precetto e di irretroattività della disposizione incriminatrice.

Ora, non è dubbio che almeno le regole deontologiche sfuggano per loro natura a ferree indicazioni normative, proprio perché loro compito è fornire canoni di comportamento e di indirizzo laddove non siano disponibili esaustive determinazioni precettive; ed anzi, esse intervengono proprio per riempire gli spazi lasciati vuoti dal diritto positivo¹. Sennonché, l’inadeguatezza delle suddette regole ad interagire con la norma penale potrebbe ridimensionarsi ricordando come in materia di colpa si ammetta l’intervento di parametri *costitutivi* della responsabilità svincolati da sufficienti formulazioni positive e risalenti piuttosto al comune sentire socia-

^(*) È il testo riveduto, ampliato ed aggiornato, della relazione sul tema “*Gli illeciti del difensore tra deontologia e diritto penale*” tenuta a Montignoso di Massa il 7 ottobre 2017 per il corso di Formazione Continua degli Avvocati promosso dalla Fondazione della Scuola Forense Alto Tirreno.

¹ Cfr., ad es., V. GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazioni all’abuso del e nel processo*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 137.

le: il riferimento corre evidentemente alla individuazione delle regole cautelari della colpa generica². Per stabilire la legittimità di certi meccanismi di eterointegrazione, è semmai da considerare il peso che di volta in volta il coinvolgimento di parametri prasseologici viene a rivestire nella struttura della fattispecie per la definizione della tipicità della incriminazione.

Il discorso non si presta ad essere irrigidito in conclusioni “trancianti”. Da un lato, il parallelo evocato con i precetti di diligenza, prudenza e perizia sconta la variabilità di opinioni sul ruolo che quelle regole cautelari esercitano nell’economia della fattispecie penale colposa. Non può d’altronde trascurarsi l’affermazione a livello teorico del tenore eventualmente giuridico delle regole deontologiche che siano anche implicitamente richiamate da disposizioni normative³. Almeno con riferimento al novero delle norme penali che inquadrano le condotte dei soggetti protagonisti dei procedimenti giurisdizionali (magistrati e avvocati), la possibilità di un’interferenza delle regole deontologiche adduce in ogni caso a suo sostegno due ulteriori ragioni di inveramento: da un lato, l’evoluzione che, sul piano positivo, sembra aver registrato il sistema deontologico-disciplinare valente per i magistrati e per gli avvocati; dall’altro, l’emersione della categoria giuridica dell’«abuso del processo», ertasi a manifestazione prototipica di condotte disfunzionali che anzitutto sul piano deontologico possono trovare una chiave di misurazione, ma che non mancano di sprigionare riflessi sul versante giuridico-penale della responsabilità.

2. *L’abuso del processo fra dimensione etica e rilievo penale*

Un ruolo importante in tema di interferenza fra regola deontologica e precetto penale è stato svolto dal riconoscimento e dalla valorizzazione della figura dell’abuso del processo in sede giurisprudenziale.

L’“abuso del processo” risale alla più ampia figura dell’abuso del diritto, concepita dalla elaborazione dottrinale già prima del vigente codice privatistico⁴. Alcune sue manifestazioni più importanti (il divieto di atti emulativi sancito dall’art. 833 c.c., ma anche quello delle immissioni nocive nell’art. 844 c.c.)⁵ ricorrono nel

² G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2^a ed., Torino, 2013, 427.

³ E. RICCIARDI, *Lineamenti dell’ordinamento professionale forense*, Milano, 1990, 325; R. DANONI, *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, 10 e 17 ss.; A. GARELLO-D. PISELLI-S. SCUTO, *Le responsabilità dell’avvocato. Profili civili, penali e disciplinari. Nuovo codice deontologico*, Milano, 2003, 139; U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, 2^a ed., Padova, 2011, 93 s. La loro natura giuridica è invece messa in discussione da G. ORSONI, *L’ordinamento professionale forense. Aspetti problematici*, Padova, 2005, 40 e 58 ss.

⁴ Cfr., per tutti, M. D’AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, 48.

⁵ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 166.

corpo normativo del 1942, essendo state ravvisate gravi difficoltà ad elaborare una generale definizione della figura⁶ senza il rischio di lasciare al giudice il potere arbitrario di ravvisarne gli estremi in ambiti di più controversa rilevanza⁷.

Ciò nondimeno, la figura ha trovato riconoscimento – quale strumento *di garanzia* – in tempi successivi. L'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo vieta agli operatori degli Stati-parte di interpretare le norme convenzionali in modo da limitare le libertà dei cittadini più di quanto consentito dalla Convenzione medesima⁸; analogo divieto è affermato dall'art. 54 della Carta di Nizza⁹ (trasfusa nel Trattato dell'Unione Europea). Un rilievo discretivo (di tenore esimente), rispetto alle coeve fattispecie di reato, è assunto poi dalla omonima figura “tributaria”¹⁰, in base all'art. 10-*bis*, l. n. 212/2000, secondo cui «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti»¹¹. In questi frangenti l'abuso del diritto si erge ad argine contro soluzioni normative concretamente limitative di diritti e libertà individuali.

Ad un ambito “processuale” guarda l'art. 35, comma 3 C.e.d.u., il quale impone alla Corte competente di dichiarare irricevibile ogni ricorso individuale che appaia «manifestamente abusivo» rispetto al tenore delle disposizioni della Convenzione medesima¹². Sul piano interno la figura è invece venuta assumendo rilie-

⁶ Ad essa pensò l'art. 7 del Progetto del vigente codice civile: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito».

⁷ C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, in *Dig. disc. pen. Agg. IX*, Torino, 2016, 2.

⁸ «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

⁹ «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

¹⁰ Su di essa v. A. D'AVIRRO, *Dichiarazione infedele, elusione, abuso del diritto la giurisprudenza di merito inverte la rotta*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 1200; A. GIOVANNINI, *Abuso del diritto e sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, dir. da ID., I, *Diritto penale e processuale*, a cura di A. Giovannini-A. di Martino-E. Marzaduri, Milano 2016, 977 ss.

¹¹ La disposizione indica come manifestazione di abuso penalmente non rilevante il perseguimento di «benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario».

¹² Secondo la giurisprudenza della Corte europea (cfr. C.e.d.u., Sez. III, 15 settembre 2009, n. 798/05, *Mirolubovs* e altri c. Lettonia, in *www.hudoc.echr.coe.int*; C.e.d.u., Sez. II, 18 ottobre 2011, n. 56551/11, *Petrovic c. Serbia*, e altri, in *www.hudoc.echr.coe.int*) l'abusività ostativa alla ricevibilità dei ricorsi, segue quando il ricorso è manifestamente contrario alla vocazione della prerogativa di ricorso sancita dalla Convenzione ed è di ostacolo al buon funzionamento della procedura presso la Corte. Alla stregua della medesima giurisprudenza, cinque “figure sintomatiche” preludono alla dichiarazione di abuso del ricorso: la disinformazione della Corte (consistente nella deliberata indi-

vo dapprima nel processo civile in relazione all'esercizio di potestà condotto in forme eccedenti o devianti rispetto all'esigenza di tutela dell'interesse sostanziale che sorregge la facoltà di agire¹³. Nel processo penale, poi, è stato addirittura evocato lo spettro della «frode alla funzione» per stigmatizzare l'esercizio di diritti o di facoltà processuali «per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato»¹⁴ e dunque per impedire che il superamento dei limiti intrinsecamente posti alla facoltà giuridicamente riconosciuta si risolvesse in un'alterazione dell'equilibrio che compone il sistema di rito.

La categoria dell'abuso del processo (penale) è dunque germogliata su un terreno "propizio", nonostante che a condizionarne l'elaborazione non manchino i rischi di opacità e di manipolabilità della sua fisionomia da parte degli operatori giuridici. Lo dimostrano i passaggi argomentativi che hanno portato le Sezioni Unite della Corte di cassazione a certificarne l'operatività in ambito penale alcuni anni or sono.

Oggetto della contestazione era stato l'esperimento – da parte del difensore di un imputato all'interno di un procedimento penale – di «un numero esagerato di iniziative difensive, ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma che, essendo in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute, hanno realizzato un abuso del processo». In relazione a tale modalità di azione le Sezioni Unite parlano «specificamente di abuso degli strumenti difensivi del processo penale per ottenere non garanzie processuali effettive o realmente più ampie, ovvero migliori possibilità di difesa, ma una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali». Si avverte qui la «consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti ("pregiudizievoli") rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto». La conseguenza che se ne ricava, per la Corte, è «che l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, rivolto alla realizzazione di un vantaggio contrario allo scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto, non ammette tutela».

cazione di fatti inventati e di falsificazione di dati in base ai quali decidere il ricorso); l'utilizzo di espressioni "abusive" incontinenti (cioè oltraggiose o provocatorie nei confronti dei giudici e delle parti); la violazione intenzionale dell'obbligo di riservatezza nei contatti fra parti; la promozione di ricorsi cavillosi e manifestamente infondati; la promozione del ricorso o il compimento di atti processuali, ispirati da meri desideri di pubblicità.

¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.* 2008, I, 1514, che ha ricavato i termini della figura dal rispetto del canone di buona fede e correttezza discendente dal dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., e dall'affermazione del principio del "giusto processo", sancito dall'art. 111 Cost., cui si correla l'esigenza della ragionevole durata di quest'ultimo.

¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, cit.

Secondo le Sezioni Unite, «l'abuso del processo consiste, dunque, in un vizio, per sviamento, della funzione; ovvero, secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione»¹⁵. E «l'imputato che ha abusato dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non ha titolo per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti».

Non può d'altronde sostenersi che la figura evocata, concernendo l'esercizio dilatorio delle prerogative difensive di rito, abbia respiro esclusivamente endo-processuale. In altra sede della motivazione – con riguardo alla questione dell'abuso di ufficio (art. 323 c.p.) commesso dal difensore degli attori di pretese esecutive in concorso con il giudice dell'esecuzione, e loro contestato per l'abnorme proliferazione delle spese processuali¹⁶ – le Sezioni Unite affermano che a tale vicenda si confanno i rilievi svolti in generale nella trattazione del tema dell'abuso del processo, nonché le considerazioni effettuate dalle Sezioni Unite civili nel 2007¹⁷, circa il fatto che «la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto, sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento, oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso». Appunto, nel caso in esame «l'evidente pretestuosità del frazionamento dei crediti, non avente altra funzione che quella, realizzata, di far lievitare le spese legali in progressione geometrica e assolutamente sproporzionata alla sorte», comportava il dovere del giudice di fare applicazione quantomeno dei poteri riconosciutigli dall'art. 88 c.p.c.

Di tale pronuncia non colpisce soltanto l'affermazione della rilevanza dell'abuso del processo in ambito penale; assume ancora maggiore importanza il collegamento di quella con l'inosservanza di regole di correttezza e buona fede, onde contestare il delitto di abuso di ufficio e inquadrare violazioni che non tro-

¹⁵ «L'uso arbitrario trasmoda poi in patologia processuale, dunque in abuso, quando l'arbitrarietà degrada a mero strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa dal processo, non nel processo: in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio equo celebrato in tempi ragionevoli».

¹⁶ Osservano le Sezioni Unite che «l'abnorme proliferazione delle spese era stata resa possibile dalla mancata verifica ad opera del M., giudice dell'esecuzione, della legittimazione dei creditori precedenti e intervenuti, ovverosia delle trentacinque associazioni di fatto, nonché dalla omessa riunione delle varie procedure, alla quale il giudice doveva provvedere al fine di rendere operante il concorso dei creditori, dando corso a una procedura unitaria nei confronti di ciascuno dei terzi esecutati».

¹⁷ Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 cit. La sentenza civile richiamata «rimarca come nessun procedimento giudiziale possa essere ricondotto alla nozione di processo giusto ove frutto, appunto, di abuso del processo per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

vano riscontro in puntuali disposizioni positive. S'impone, perciò, di considerare plausibilità e portata della interferenza fra canoni di correttezza e norme incriminatrici.

Senonché, se, per un verso, il richiamo all'“abuso del processo” anima le riflessioni sul tema dell'interferenza fra le regole deontologiche e norme giuridiche, per altro verso, la sua evocazione da parte delle Sezioni Unite nel 2011 per spiegare effetti in sede penale, a fronte di alcune manifestazioni di approvazione¹⁸, ha suscitato reazioni assai critiche. Da parte dei suoi detrattori, infatti, la fattispecie è stata bollata ora come inutile, per la sua efficace surrogabilità ad opera delle previsioni legali che stabiliscono limiti all'esercizio delle prerogative processuali¹⁹, ora come pericolosa, attese l'indeterminatezza e la carenza di tassatività che la affliggono²⁰, suscettibili di sciogliersi solo in sede di “inveramento giurisdizionale”. Con tali rilievi si paventa, in fin dei conti, l'eventualità di cedere ad un “abuso” della stessa categoria dell'abuso del processo²¹.

Anche da parte di coloro che ammettono una sua qualche rilevanza sul versante processuale, d'altronde, si palesano incertezze intorno ai criteri che dovrebbero svelarne le concrete manifestazioni²²: all'uopo si evocano, non di rado sinergicamente, ora criteri *deontico-normativi*, basati sopra l'elaborazione di un assetto di valori da perseguire tramite la corretta gestione delle prerogative giuridiche, ora criteri *soggettivi teleologici*, imperniati sulle finalità elusive concretamente perseguite dall'autore dell'atto abusivo, ora criteri *funzionali*, legati alla incongruenza dell'atto con gli scopi degli istituti cui corrisponde la prerogativa esercitata, ora criteri *utilitaristici*, tesi a riscontrare la lesione del meta-valore di efficienza. Non di rado, più d'uno di questi criteri, ma senza una gerarchia precisa, intervengono in via complementare a individuare concrete manifestazioni di abuso, meritevoli di stigmatizzazione.

¹⁸ Cfr. E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.* 2012, 3596; G. TABASCO, *Brevi riflessioni sull'abuso del processo e sull'abuso delle garanzie difensive*, in *Crit. dir.* 2012, 103 s.; C. CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.* 2013, 503.

¹⁹ R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.* 2013, 3599; F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.* 2012, 3611.

²⁰ Ved. G. ILLUMINATI, *Il tema dell'abuso del processo, legalità processuale pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.* 2012, 3593; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.* 2012, 2450; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.* 2012, 3605.

²¹ Così E.M. CATALANO, *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Dir. pen. proc.* 2012, All. 1, *Oneri e limiti del diritto di difesa*, a cura di G. Garuti-A. Marandola, 46.

²² Cfr., ad es., P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.* 2001, 690; P. MAGGIO, *Processo (abuso del)*, in *Dig. disc. pen. Agg. V*, Torino, 2010, 634.

Dietro tali incertezze si scorgono differenti prospettive di assetto del “sistema” processuale nel quale dovrebbero albergare le condotte abusive. L’idea che il processo segua una prospettiva funzionale e solidaristica (non aliena da considerazioni efficientistiche), tende ad assecondare obiettivi di accertamento della verità, che rendono più probabile riconoscere mancanze in capo a quei soggetti – i difensori dell’indagato e dell’imputato – che si pongono come ostacoli a una tale “missione” giurisdizionale. Per contro, l’adozione di una prospettiva di matrice garantistica, preoccupata di salvaguardare le libertà individuali, rende più facilmente prospettabili scorrettezze imputabili ai soggetti – i magistrati – che, cadenzando i ritmi del procedimento, possono effettivamente menomare tali garanzie²³.

Se le difficoltà segnalate scandiscono le resistenze opposte all’emersione della categoria dell’“abuso processuale” sul piano della teoria del diritto, rimane tuttavia impregiudicata la necessità di inquadrare peso ed importanza di scorrettezze e mancanze delle parti processuali cui l’ordinamento riserva risposte e rimedi eterogenei²⁴; situazioni che presentano un comune richiamo all’elemento di matrice deontologica, ma che potrebbero sollecitare rimedi giuridici, compresa l’eventuale integrazione di fattispecie di reato. Per tale ragione, al di là della correttezza o meno e della plausibilità della configurazione della categoria dell’abuso del processo, s’impone di verificare quali margini sussistano per una collaborazione fra i sistemi deontologici e gli strumenti penalistici, almeno con riferimento alle risposte che l’ordinamento può riservare alle condotte disfunzionali tenute dai protagonisti del processo giurisdizionale nell’esercizio delle rispettive funzioni.

Il coinvolgimento delle regole deontologiche dietro le condotte espressive di un possibile “abuso del processo” è d’altronde favorito da alcuni dati di contesto normativo, che denotano l’impossibilità di prescindere da quelle per calibrare modi e misura dei rimedi giuridici opponibili. Anzitutto, i presidi penali invocabili nei confronti degli abusi compiuti dai difensori (gli artt. 380 ss. e 378 s. c.p.), seguono modelli non in grado di delineare *ex se* le condotte illecite: modelli ora formali (come quelli concernenti i delitti di patrocinio infedele) che rinviano alla inosservanza di regole di correttezza e fedeltà, ora sostanziali (come quelli in tema di favoreggiamento personale) che non riescono a descrivere il nitore offensivo

²³ Per i necessari riferimenti sia consentito rinviare a D. NOTARO, In foro illicito versari. *L’abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015, 11 s.

²⁴ Fra i comportamenti orbitanti intorno al fenomeno dell’abuso del processo è possibile distinguere quelli che, in forza della disciplina positiva, sollecitano conseguenze negative di tipo *endo*-processuali (sospensione o impedimento di effetti processuali favorevoli, misure disciplinari incidenti sulle facoltà processuali, esborsi pecuniari), da quelli che comportano rimedi *extra*-processuali, ossia determinano l’instaurazione di nuovi ed autonomi procedimenti per l’accertamento di responsabilità disciplinari, civili o anche penali. Per una più approfondita considerazione delle situazioni evocate, sia consentito rinviare ancora a D. NOTARO, *op. cit.*, 18 ss.

delle condotte punibili senza prescindere da un apporto creativo dell'interprete²⁵. Non diversamente è a dirsi per le condotte dei magistrati, sussumibili sotto la fattispecie di abuso di ufficio (art. 323 c.p), del quale sono noti e sperimentati i richiami alle regole di settore per delineare le inosservanze suscettibili di costituire reato²⁶, specie dopo che quella fattispecie è trapassata da un modello sostanziale ad uno prevalentemente formale.

L'indeterminatezza delle fattispecie penali invocabili nei confronti degli attori processuali trova d'altronde un argine (in funzione garantista) nelle regole deontologiche anche per l'orientamento di queste a delineare minutamente le modalità di condotta da seguire in considerazione degli interessi attinti dall'esercizio dell'attività²⁷. Al netto di comprensibili finalità di tutela corporativa della rispettiva categoria professionale, d'altronde, dovrebbe essere soprattutto quello appena evocato il ruolo proprio delle regole di deontologia. E una aspettativa di "assistenza" fornita da queste alla conformazione della fattispecie penale appare oggi viepiù alimentata da interessanti innovazioni che hanno riguardato in particolar modo il sistema disciplinare degli avvocati e in misura minore quello dei magistrati.

3. *Le condizioni per un coinvolgimento delle regole deontologiche in un sistema integrato di risposte alle scorrettezze degli attori processuali.*

Com'è noto²⁸, le regole deontologiche delineano precetti di comportamento funzionali ad evitare occasioni di illeciti e di più gravi offese nei confronti degli interessi implicati dallo svolgimento di attività tecnico-professionali. Esse mirano a costituire per il singolo operatore uno strumento di orientamento *quotidiano* e *versatile* al *concreto* esercizio di quelle stesse attività. Perciò, esse tradizionalmente sfuggono ad una rigorosa tipizzazione dei modelli e si rimettono a clausole generali impregnate di contenuti culturali ed esperienziali non esprimibili necessariamente in forme stereotipiche. Tale profilo rappresenta il dato caratterizzante tali regole, ma ne introduce anche una ragione di problematicità quando ad esse attingano fattispecie di illecito.

²⁵ Cfr. per tutti M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, 125; T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 925.

²⁶ Cfr. già Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 1995, n. 5331, in *Giust. pen.* 1997, II, 157; più recentemente Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 2015, n. 6665, in *Guida dir.*, 19/2016, 92. Per una più ampia disamina della percorribilità di questa soluzione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 110 ss.

²⁷ V. in termini generali P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1049.

²⁸ Cfr. P. PISCIONE, *op. loc. cit.*

Per un verso, l'impiego di clausole generali di buona fede e correttezza, articolate tramite l'enumerazione di "iconici" doveri fondamentali (di probità, di fedeltà, di lealtà, di indipendenza ecc.)²⁹, implica la predisposizione di formule vaghe, destinate ad essere tradotte dagli organi competenti nelle diverse situazioni in cui le stesse sono chiamate a manifestarsi. Decisiva diviene, allora, l'intermediazione delle autorità preposte ad applicare quelle regole secondo le circostanze della trasgressione. Con l'indeterminatezza della prescrizione segue oltretutto il rischio di una surrettizia retroattività dell'illecito (disciplinare) che alla regola si rimetta per sanzionare la mancanza, dal momento che quest'ultima è disvelata al trasgressore solo dopo che è avvenuta la commissione del fatto per il quale è chiamato a rispondere.

Si è osservato in passato come il carattere di opacità della regola di condotta sia in realtà il corollario di un obiettivo *ben preciso* perseguito dalle comunità professionali organizzate. Sarebbe, infatti, in tal modo assicurata una "circularità" di assetto fra regola e procedimento, mercé la quale la regola opererebbe in stretta aderenza al *reale* tratto di disvalore del fatto commesso e il procedimento svolgerebbe un ruolo informativo e "promozionale" del contenuto della regola violata sempre adeguato ai tempi: un compito "comunicativo" dell'assetto delle regole di correttezza che in termini penalistici si direbbe generalpreventivo. Tale sbilanciamento troverebbe un correttivo nel grado di tolleranza con cui gli organi disciplinari possono (e solevano) muovere la contestazione: «non di rado, infatti, a quel tipo di tolleranza corrispondono micro-mutazioni culturali e socio-strutturali altrettanto diffuse» nel contesto comunitario in cui si trovano ad operare quelle regole³⁰.

A tale stato di "soggezione creativa" della regola deontologico-disciplinare³¹ si opponeva il solo limite delle decisioni c.d. "a sorpresa": cioè il divieto per gli organi decidenti di qualificare le mancanze sanzionate in termini in alcun modo evincibili dalla contestazione dell'addebito in avvio del procedimento³²; ne sarebbe andata, altrimenti, della reale possibilità dell'interessato di difendersi davanti agli organi preposti³³. Attesa, tuttavia, la stretta dipendenza (della selezione) della

²⁹ Per il settore forense l'art. 12, r.d.l. n. 1578/1933 imponeva agli avvocati di «adempire al loro ministero con dignità e decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia», mentre l'art. 38 individuava negli «abusi o mancanze nell'esercizio della professione» o nei «fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale» le situazioni passibili di sanzione disciplinare.

³⁰ V. OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, in *Soc. dir.* 1985, 56; ID., *Saggi sull'avvocatura. L'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milano 1990, 151 s.

³¹ Per le implicazioni in ordine ai percorsi logici appannaggio del decidente v. A. MARIANI MARINI, «*Appunti sulla motivazione della sentenza disciplinare*», in *Rass. For.* 2004, 1124.

³² G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 3^a ed., Milano, 2010, 461.

³³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2197, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 2.

regola disciplinare contestata con l'addebito disciplinare, dalla individuazione del suo significato assunto in relazione al fatto contestato così come ricostruito dagli organi competenti, la capacità del divieto di sorpresa di costituire un argine all'operato dei giudici stessi, appariva fortemente compromessa³⁴. In altri termini, se contenuti e significati della prescrizione deontologica erano costruiti per attendere un chiarimento da parte degli organi competenti a decidere dell'infrazione, anche la contestazione della loro violazione finiva col dipendere dalla interpretazione autentica che ne fornissero gli organi di settore, senza che in sede giurisdizionale la Corte di cassazione potesse esercitare un controllo efficace sul momento formativo del rapporto processuale in sede disciplinare. Tale inconveniente risentiva, in definitiva, della sottrazione della regola deontologica – di rilievo disciplinare – a un vincolo di principio che ne imponesse la sua determinazione e tassatività.

Se il problema della genericità e vaghezza delle regole deontologiche poteva costituire in passato una remora a spenderle quali parametri per migliorare la puntualità delle norme destinate a contrastare le mancanze di maggiore portata offensiva, tale ostacolo è destinato ad essere riconsiderato oggi alla luce delle riforme disciplinari intervenute in ambito giudiziario e forense e che hanno inteso rimediare ai vetusti caratteri delle regole medesime.

3.1. *L'evoluzione del sistema disciplinare dei magistrati*

Cominciando dal processo evolutivo che ha riguardato il sistema disciplinare dei magistrati, si tratta di osservare come la riforma intervenuta nel 2006 si sia posta l'obiettivo di superare un'impostazione basata sulla valenza esaustiva delle clausole generali di matrice deontologica. Al legislatore si è chiesto di assicurare un'articolazione più minuta di prescrizioni dettagliate nella descrizione e ripartite secondo significato e funzione del dovere sotteso.

L'art. 18 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946 qualificava in origine come illecito disciplinare qualunque comportamento tenuto dal magistrato in ufficio o in altro contesto e che fosse tale da renderlo «immeritevole della fiducia o della considerazione di cui deve godere». Evidentemente la norma incentrava l'essenza degli illeciti nella compromissione dei valori etici fondamentali dell'ufficio e richiamati da una clausola generale che non specificava né le modalità né le circostanze in cui si potesse dare la violazione deontologica. La norma

³⁴ Particolarmente esplicativa delle difficoltà di condurre un serio controllo sul punto si è dimostrata Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, in *Foro it.* 2011, I, 445, con nota di G. SCARSELLI, *Il controllo in Cassazione del disciplinare forense (con postilla sul d.d.l. di riforma della professione)*, in *Guida dir.* 48/2010, 28, con nota di E. SACCHETTINI, *Le offerte per attrarre nuova clientela nel rispetto dei principi di decoro e dignità*, e in *Giust. civ.* 2011, I, 62. Per un approfondimento della questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 55 ss.

era insomma incapace di delineare i presupposti degli illeciti, senza fare appello all'intervento chiarificatore degli organi preposti a rilevare le violazioni rilevanti³⁵. Essa si prestava a favorire applicazioni "pretorie" degli illeciti, tendenzialmente sottratte a rigorosi presupposti di predeterminazione³⁶, nonostante che l'art. 17 del r.d.lgs. n. 511/1946 solennemente sottoponesse gli illeciti disciplinari a un principio di legalità³⁷ quanto ai casi e alle forme applicabili. Grazie alla sua "incompiutezza", la previsione dell'art. 18 citato si protendeva insomma a comprendere qualunque mancanza suscettibile di pregiudicare gli interessi della categoria³⁸, secondo la sensibilità concretamente avvertita dagli organi preposti. E nell'arco delle possibilità concesse dalla norma, l'orientamento applicativo sovente seguito inclinava verso indirizzi di autotutela della categoria di stampo "corporativo", lontani dalle esigenze costituzionali di salvaguardia della funzione giurisdizionale, incombenti sul singolo magistrato³⁹. Un tal esito era invero favorito dalla tendenza ad interpretare i valori etici di riferimento in senso "soggettivo", ossia in ragione dei riflessi che le condotte scorrette potevano sprigionare sulla considerazione dell'opinione pubblica⁴⁰, anziché in senso "oggettivo", per le ripercussioni che le medesime condotte potevano comportare sugli interessi legati all'assolvimento della funzione giurisdizionale⁴¹.

Dinanzi a tale situazione il legislatore del 2006 è intervenuto con l'obiettivo di migliorare il tasso di tipizzazione dei precetti e degli illeciti disciplinari, senza tuttavia emarginare completamente l'intervento operativo degli organi preposti alla rilevazione e all'accertamento delle infrazioni. Per la compiuta riforma del sistema disciplinare dei magistrati si parla, invero, di una tipizzazione soltanto ten-

³⁵ Cfr., ad es. Cass. civ., Sez. Un. 25 ottobre 1996, n. 9333, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1439.

³⁶ Occorre nondimeno ricordare che Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.* 1981, 843, ha escluso profili di illegittimità costituzionale dell'assetto della norma.

³⁷ G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 821; V. MELE, *op. cit.*, 35. L'art. 17 recitava, infatti: «i magistrati non possono essere sottoposti a sanzioni disciplinari se non nei casi e nelle forme previsti dal presente decreto».

³⁸ Per un'approfondita disamina del problema cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 aprile 1984, n. 2411.

³⁹ E. DI NICOLA, *Ruolo del Pm nel controllo di legalità*, in *Giust. proc.* 2002, 207; F. BIONDI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati in Italia*, in AA.VV., *Magistratura e Consiglio cit.*, 83 s.; G. GRAZIANO, *Ordinamento giudiziario*, Roma, 2011, 289. La disfunzionalità di tale profilo, rispetto alle indicazioni costituzionali, è adombrata da A. CAPUTO, *La tipizzazione dell'illecito disciplinare del magistrato ordinario*, in AA.VV., *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, a cura di G. Campanelli, Pisa, 2013, 184.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 839; N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, 1302 e 1304 s.

⁴¹ V. ROPPO, *La magistratura come «professione legale»: per una deontologia del «servizio giustizia»*, in *Pol. dir.* 2000, 523 ss. L'importanza di tale passaggio è sottolineata ancora sotto il nuovo regime da R. FUZIO, *L'azione disciplinare obbligatoria del Procuratore Generale*, in *Cass. pen.* 2008, 4855.

denziale o “tendenzialmente rigida”⁴². Accanto all’enunciazione dei doveri etici incombenti sul magistrato, è stato posto, infatti, un nutrito elenco di condotte costituenti gli illeciti sanzionabili. Tale elenco di fattispecie, ripartito in tre grandi categorie – comprendenti, rispettivamente, gli illeciti commessi nell’esercizio delle funzioni giudiziarie, gli illeciti commessi al di fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie e gli illeciti dipendenti da fatti costituenti reato⁴³ – aspirerebbe ad essere esaustivo. E tale profilo segna senza dubbio un progresso, rispetto al passato regime, sulla via della tipizzazione delle infrazioni che possono essere contestate ai magistrati⁴⁴.

Nondimeno (anche non considerando il fatto che la riforma ha riguardato il solo settore dei magistrati ordinari), alcuni rilievi critici sono stati sollevati a ridimensionare l’efficacia dei risultati conseguiti. Si è anzitutto lamentato essersi sostanzialmente tralasciato un autentico approccio tipizzante, qual era quello che animava i primi progetti di riforma. Le fattispecie degli illeciti elencati in calce all’enunciazione dei doveri generali, «solo in alcuni casi fanno riferimento al dovere professionale violato, mentre in molti altri sono svincolate da qualsiasi esplicito ancoraggio a tale dovere; la relativa individuazione è dunque rimessa all’interprete e si presenta talora problematica»⁴⁵. Al di là di alcune manifestazioni esemplificative, spesso manca, in effetti, un adeguato approfondimento delle modalità di comportamento mediante cui il magistrato può incorrere nell’infrazione per la violazione del dovere deontologico.

La relativa idoneità dell’opera del legislatore a delineare un sistema puntuale di infrazioni, emerge però soprattutto laddove si qualifica come illecito disciplinare qualunque violazione di uno dei fondamentali doveri – di imparzialità, di correttezza, di diligenza, di laboriosità, di riserbo, di equilibrio e di rispetto della dignità della persona – sol che ne consegua un «ingiusto danno» o un «indebito vantaggio» ad una delle parti (art. 2, comma 1, lett. *a*), d.lg. n. 109/2006; ma così recita anche l’art. 12, comma 1, lett. *a*) del medesimo testo). Posto che l’accertamento della violazione di uno dei summenzionati doveri ripropone negli stessi termini, già avvertiti sotto la previgente disciplina, i problemi di una individuazione della condotta indebita del magistrato, non sembra che l’aggiunta della

⁴² G. GRAZIANO, *op. cit.*, 289.

⁴³ Per una sommaria analisi cfr. S. DE NARDI, *Finalmente illeciti disciplinari codificati*, in *Guida dir.* 2005 (32) 104. Per analogia impostazione adottata dal d.d.l. 6 settembre 1995, n. 3091, v. D. CARCANO-L. SALVATO, *La responsabilità disciplinare nel disegno di legge governativo*, in *Cass. pen.* 1996, 708 ss.

⁴⁴ L. CIAMPOLI, *Magistrati (illecito disciplinare dei)*, in *Dig. disc. pen. Agg.*, IV, t. II, Torino, 2008, 655.

⁴⁵ A. CAPUTO, *op. cit.*, 189. Il difetto era stato rilevato immediatamente (nei confronti della legge di delega) da E. ROSI, *La riforma dell’ordinamento giudiziario. I. Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.* 2005, 1510.

necessità del riscontro di un “danno” o di un “vantaggio” ingiusto per una delle parti possa delimitare adeguatamente la fisionomia degli illeciti, attesa l'ampiezza dell'accezione che potenzialmente caratterizza entrambi gli eventi costitutivi⁴⁶. Né è chiaro se l'elencazione delle infrazioni più analiticamente descritte, che segue la previsione di carattere generale, possa considerarsi esplicativa della modalità di elusione di quei valori o lasci viceversa residuare la possibilità di ulteriori addebiti da ricondurre alla previsione generale, quando caratterizzati dalla produzione di un ingiusto danno o da un indebito vantaggio⁴⁷.

Certo è che a complemento di un sistema nel quale trova ancora spazio l'esercizio di discrezionalità applicativa da parte degli organi competenti, gioca la previsione dell'art. 3-*bis* d.lgs. n. 109/2006, che consente all'autorità procedente di escludere la tipicità dell'illecito ogni qual volta il fatto commesso denoti portata offensiva «di scarsa rilevanza»⁴⁸. Ad essa compete, infatti, un ruolo correttivo, in funzione delimitativa della tendenza estensiva della tipicità che una formulazione ampia e generica degli illeciti in linea di massima mette in conto. Sennonché, l'assolvimento di un tale ruolo dipende pur sempre dalla capacità degli organi preposti di esercitare efficacemente un potere di valutazione del fatto concreto, in assenza di indici normativi sufficientemente predeterminati dal legislatore⁴⁹.

Può allora conclusivamente rilevarsi che, se, da un lato, la riforma del 2006 ha ridotto i margini di imprevedibilità delle prescrizioni deontologiche e disciplinari incombenti sui magistrati, rispetto a quanto emergente dal sistema previgente, permangono profili di flessibilità delle prescrizioni, che mantengono attivo il coinvolgimento degli organi di settore nella definizione dei comportamenti riprovati, confermando la direzione solo “tendenziale” del processo di tipizzazione imbastito nel 2006.

3.2. L'evoluzione del sistema deontologico degli avvocati

Per quanto concerne, invece, il settore disciplinare forense, la legge 31 dicembre 2012, n. 247 è venuta più recentemente sostituendo il regio decreto n. 1578 del 1933, allo scopo di affermare sia il carattere più propriamente giuridico delle regole deontologiche suscettibili di assumere un rilievo disciplinare, sia il loro necessario radicamento legalistico. E, rispetto a quanto è dato rilevare per il settore della magistratura, gli esiti della riforma approntata appaiono maggiormente consoni all'esigenza di una predeterminazione dei contenuti precettivi delle regole.

⁴⁶ Di fattispecie affetta da «un grave deficit di determinatezza» e di eventi dalle «maglie larghe» parla, infatti, A. CAPUTO, *op. cit.*, 191.

⁴⁷ Per un approfondimento della questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 89 s.

⁴⁸ S. DI AMATO, *Ritardi e responsabilità disciplinare dei magistrati: l'onda della riforma giunge in Cassazione*, in *Cass. pen.* 2011, 931.

⁴⁹ In tale aspetto risiede la differenza con il più recente istituto introdotto con l'art. 131 *bis* c.p.

Assai importante ai nostri fini è anzitutto il “riconoscimento giuridico” delle regole deontologiche, quale traspare dalla impostazione della legge di riforma⁵⁰. Il terzo comma dell’art. 3 della l. n. 247 affida al codice deontologico il compito di regolare l’esercizio dell’attività professionale e di delimitare le mancanze che costituiscono illeciti fonti di responsabilità⁵¹. Un tale affidamento implica una direttiva finalistica tesa a ricondurre le regole deontologiche a un “dialogo” di contenuti con l’ordinamento. Il riconoscimento giuridico delle prescrizioni di settore è quindi completato dalla previsione normativa che sovrintende alla pubblicazione delle medesime. Il quarto comma dell’art. 3 cit. impone che l’emanazione del codice e i suoi successivi aggiornamenti siano resi accessibili a *chiunque*, previa pubblicazione da effettuarsi secondo modalità stabilite con decreto del Ministro della Giustizia, adottato ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. n. 400/1988. Non si tratta di accorgimento trascurabile: esso – riproponendo cadenze delineate per i codici di buona condotta promossi dal Garante per la *privacy*⁵² – mette in dubbio il traluzio insegnamento che vorrebbe le regole in questione ripiegate sulla categoria (professionale) di individui per cui sono concepite. Oggi sembra che anche le regole deontologiche debbano vantare un profilo di conoscibilità *erga omnes*⁵³, il

⁵⁰ Conf. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4ª ed., Milano, 2013, 468; T. BENE, *Difesa d’ufficio. Una luce debolissima sulla rivalutazione culturale*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 390.

⁵¹ «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».

⁵² L’art. 12 del testo unico sul trattamento dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) stabilisce che il Garante «promuove nell’ambito delle categorie interessate, nell’osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto dei criteri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d’Europa sul trattamento di dati personali, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l’esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto». Tali codici sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e il rispetto delle disposizioni dei codici «costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici». Sul tema U. DE SIERVO, *Diritto all’informazione e tutela dei dati personali*, in *Foro it.* 1999, V, 69 ss.; G. BUSIA, *Deontologia parametro di liceità delle operazioni*, in *Il codice della privacy. Le novità del Dlgs 196/2003 e i commenti degli esperti*, in *Guida dir. dossier* 8/2003, 149; S. GONELLA, *Uno sguardo all’evoluzione del diritto alla riservatezza: la tutela penale*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 536 s.

⁵³ A conferma della rilevanza “esterna” assunta dal sistema di regole disciplinari, è utile ricordare che C.e.d.u., Sez. II, 15 dicembre 2009, n. 28634/06, Maiorani e altri c. Italia, in *Cass. pen.* 2010, 1666, ha affermato la responsabilità dell’Italia ai sensi dell’art. 41 della Convenzione, per non essersi il nostro Paese dotato di un sistema capace di rispondere alle mancanze di alcuni magistrati, impendendo che il loro operato compromettesse la vita di alcuni cittadini.

quale richiede la predeterminabilità dei loro contenuti, tipica delle disposizioni normative.

A tale profilo si ricollega in termini asseverativi l'altra grande innovazione apportata con la riforma del 2012: quella della tendenziale sottoposizione delle prescrizioni deontologiche ad un "principio di tipicità". Ancora il terzo comma dell'art. 3, l. n. 247 cit. dispone, infatti, che le norme contenute nel nuovo codice deontologico, «per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile». Sebbene la formula adottata sconti un temperamento, rispetto a quella più recisa ipotizzata in origine dai compilatori della riforma⁵⁴, non è dubbio che l'affermazione di un principio di tipicità delle violazioni disciplinari dipendenti dalla inosservanza di regole deontologiche, rappresenti un deciso passo in avanti (almeno rispetto alla generica conformazione degli illeciti emergente dall'art. 38, r.d. n. 1578/1933) nella direzione di rendere tali prescrizioni meno esposte ad applicazioni creative da parte degli organi competenti. Anche tale profilo spinge a considerare tali regole come capaci di puntualizzare i contenuti di illeciti che, come quelli penali, attendono di conformarsi a presupposti di predeterminazione legale.

Le direttrici impartite dal legislatore parlamentare in ordine alle modalità di formulazione delle regole deontologiche sono state oltretutto ben recepite dalle autorità di ambito professionale. Vero che il citato art. 3, l. n. 247/2012 chiede al codice deontologico di indicare al suo interno le regole «che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare», i redattori del testo di autoregolazione, non solo non si sono sottratti a tale compito, ma – assumendo che non si possono dare regole deontologiche che non guardano al pubblico interesse al corretto esercizio della professione – si sono risolti a qualificare *tutte* le prescrizioni in esso contenute come di rilievo disciplinare, con ciò rimettendole al principio di tipicità. Declina, perciò stesso, l'ispirazione "corporativa" delle regole e si afferma il loro orientamento a tutelare il pubblico interesse al corretto esercizio della professione⁵⁵.

Il codice deontologico varato il 31 gennaio 2014 reca, dunque, un sistema di precetti più puntualmente formulati che in passato: scompare la tecnica di formulazione delle regole per "canoni" di comportamento, distinti dagli articoli definitivi dei precetti; è adottata una formulazione più precisa dei doveri e delle regole di condotta; ricorre un'indicazione espressa delle prescrizioni la cui violazione fa

⁵⁴ Si prevedeva originariamente che le prescrizioni deontologiche dovessero rimettersi ad una «stretta osservanza» del principio di legalità, anziché ad una sua traduzione «per quanto possibile».

⁵⁵ Conf. G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in *Foro it.* 2014, V, 245.

sorgere una responsabilità disciplinare, e delle sanzioni che possono seguirne⁵⁶; non è stata riproposta la clausola di chiusura contenuta nell'art. 60 del codice del 1997, secondo la quale le formulazioni deontologiche si dovevano considerare indicazioni esemplificative delle mancanze imputabili agli avvocati, senza pregiudizio della possibilità che ne fossero individuate di nuove dagli organi precedenti. Il varo del nuovo codice è stato, infine, accompagnato dalla raccomandazione agli organi disciplinari di formulare il capo di addebito in termini precisi, così da consentirne un collegamento chiaro con la violazione delle prescrizioni deontologiche e rendere più effettivo l'esercizio del diritto di difesa nel corso del procedimento.

Nel complesso il sistema deontologico-disciplinare delineato per gli avvocati denota un più deciso orientamento ad assecondare esigenze di predeterminazione dei comportamenti vietati. Dovrebbero quindi ridursi i rilievi opponibili nei confronti della possibilità di utilizzare le regole di settore come termini di puntualizzazione dei precetti penali spendibili nei confronti dei relativi operatori. Alla luce dei vantaggi che è possibile trarre dalla riforma dei sistemi disciplinari forensi, occorre analizzare ora le modalità con le quali le regole di correttezza sono in grado di interagire con le disposizioni incriminatrici più adatte a rispondere alle scorrettezze commesse dai magistrati e dagli avvocati nell'esercizio delle loro funzioni.

4. *I possibili ruoli delle regole deontologiche nel contrasto alle forme di "abuso del processo"*

In considerazione dell'origine casistica, dei caratteri "minuti" e degli scopi di orientamento quotidiano delle condotte dei relativi destinatari, l'apporto che le regole deontologiche possono recare alla definizione di sistemi di prevenzione e di contrasto delle scorrettezze processuali, si manifesta sotto piani diversi e complementari.

a) *Il ruolo "proattivo" o deontologico "puro" delle regole di correttezza.* Una prima funzione delle regole deontologiche, che si può definire "proattiva", è intesa a promuovere l'assunzione di corretti comportamenti da parte degli operatori del settore. Tale obiettivo è perseguito tramite l'introduzione dei valori fondamentali dell'attività professionale da parte di ciascun singolo aderente al gruppo; introduzione a sua volta affidata a meccanismi di trasmissione generazionale di quei

⁵⁶ Tale accorgimento segna la riforma del sistema forense spagnolo intervenuta in Europa prima di quella italiana: per più approfondite indicazioni in merito, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 66 ss.

valori all'interno della comunità degli aderenti⁵⁷. Per tal via, le regole deontologiche svolgono un compito di orientamento e di educazione "culturale" dei loro destinatari, onde far sì che costoro, da potenziali perturbatori dell'attività e del funzionamento del sistema, e perciò da "controllati", ne divengano protagonisti virtuosi, assurgendo essi stessi a "controllori" del rispetto delle condizioni di svolgimento del ruolo⁵⁸. Un tale compito delle regole serve ad assicurare probità di azione ed efficienza di funzionamento del sistema, quali *pre*-condizioni per scongiurare la successiva contestazione di illeciti di rilievo anche penale.

Non può dubitarsi della pertinenza e della plausibilità di un tale ruolo. Le regole deontologiche sono state individuate come la base di orientamento principale del comportamento di tutti gli operatori del sistema giurisdizionale processuale, essendo state definite, addirittura, come «l'epicentro di un processo giusto»⁵⁹. Esse traducono valori comuni alle figure coinvolte, rendendosi strumento di confronto e di "dialogo" fra coloro che interagiscono nell'agone processuale. Questa componente delle regole deontologiche, allora, lungi dall'apparire secondaria, al contrario, non è surrogabile da strumenti afflittivi, quantunque penalistici e per quanto severi, che si ritengano di opporre al professionista. Di questi esse anticipano e, se possibile, scongiurano l'intervento, consentendo sia di prevenire occasioni di illecito, sia di ridurre l'area delle fattispecie sanzionatorie ai (più gravi) casi di offensività conclamata delle scorrettezze perpetrate. L'efficacia di un compito "proattivo" delle regole deontologiche è però affidata alla capacità della comunità di aderenti di avvertire l'importanza delle medesime: da un lato, occorre che il significato dei precetti rifletta quanto più possibile le esigenze correnti nella comunità di individui; dall'altro, i membri di questa (soprattutto quelli più autorevoli per esperienza) devono mostrare con il loro comportamento di riconoscere a quelle regole la capacità di orientare il proprio contegno professionale.

b) Il ruolo prescrittivo disciplinare. Per quanto le regole deontologiche siano destinate a fornire modelli di comportamento virtuosi, devono esistere degli strumenti in grado di richiamare l'attenzione sulla portata disvaloriale di una loro elusione e di intervenire, quindi, ad assicurare la loro osservanza da parte degli aderenti al sistema. Devono esistere, insomma, rimedi afflittivi capaci di operare ai più vari livelli: ad es., stabilendo come conseguenza della violazione

⁵⁷ Per la rassegna dei fattori "storici" di indebolimento della capacità delle regole deontologiche di coagulare intorno a sé valori comuni degli operatori di settore, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 58 s. V. anche G. FINOCCHIARO, *Codice deontologico: quella difficile sfida verso la qualità*, in *Guida dir.* Suppl. 5/2014, 5 ss.

⁵⁸ Cfr. V. GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir pen. proc.* 2010, 137.

⁵⁹ P. MAGGIO, *op. cit.*, 643. V. anche E. RANDAZZO, *Il "giusto processo" in Italia e in Europa*, in *Giust. civ.* 2002, /85; P. CIPOLLA, *Rimedi agli abusi del processo penale*, in *Giur. mer.* 2007, Suppl. n. 2, 94.

il divieto di conseguire benefici sul piano professionale, sino alla possibilità di innescare reazioni disciplinari conclamate, con i riti e le forme proprie del procedimento che prelude all'adozione di conseguenze sanzionatorie.

Che possa – e che debba – esservi una relazione fra le regole deontologiche e i precetti (e le sanzioni) disciplinari, è chiaro da tempo ed oggi è certificato per il settore forense dal ricordato art. 3, l. n. 247/2012, seguito dal codice deontologico del 2014⁶⁰. Abbiamo visto come tale collegamento si regga oggi sopra modalità di confezionamento e di pubblicità delle regole, che avvicinano queste al piano delle fonti normative; non può dunque meravigliare che l'ordinamento accetti di far dipendere la concreta fisionomia dei precetti disciplinari dalle nuove formulazioni promananti dalla categoria professionale. Anche per l'ambito giudiziario, peraltro, seppur con i limiti propri di un sistema a tipizzazione solo "tendenziale", emerge un collegamento fra gli illeciti disciplinari e i doveri deontologici, la cui violazione è appunto esplicitata dai precetti sanzionati.

Al lume di tale assetto, ben si comprende come i precetti disciplinari siano chiamati a svolgere contemporaneamente un duplice compito nel sistema di reazione alle pratiche scorrette: da un lato, di ordine *precauzionale*, nel prescrivere modelli di comportamento che servono a prevenire più gravi situazioni offensive degli interessi attinti dallo svolgimento dell'attività; dall'altro lato, di natura *defflattiva*, nell'opporre una prima e più pronta reazione ai comportamenti disfunzionali offensivi degli interessi suddetti. La funzione precauzionale può oggi contare su un miglior tasso di tipizzazione dei precetti che forniscono i modelli di condotta virtuosi: grazie ad essa è infatti più chiara e precisa la pretesa di comportamento che il sistema rivolge al singolo operatore. La funzione defflattiva richiede, invece, che la risposta disciplinare sia tempestiva e non esposta ad arbitrii e ad opacità di azione degli organi competenti, che la renderebbero viceversa aleatoria: utili a tal fine sono le garanzie circa il modo con cui viene formato e discusso l'addebito della eventuale trasgressione.

c) *Il ruolo di interpretazione degli elementi normativi dei precetti penali.* Salendo di livello, sulla scala dei rimedi opponibili alle scorrettezze di magistrati e avvocati, viene in considerazione il ruolo di *esplicazione* che le regole deontologiche sono in grado di esercitare sugli elementi costitutivi delle norme che sanzionano le mancanze a doveri di ufficio o professionali loro imposti. Anche trattandosi delle disposizioni penali, le regole in questione possono chiarire il significato di elementi c.d. normativi⁶¹ che compongono le fattispecie di reato. In mancanza di

⁶⁰ Sui caratteri generali del nuovo codice e sui suoi rapporti con il sistema disciplinare v. E. PERFETTI, *Avvocati: operativo dal 15 dicembre 2014 il Codice deontologico*, in *Guida dir.* 3/2015, 13.

⁶¹ Per una recente indagine su tali elementi v. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, spec. 109 ss.

esse, la traduzione di quegli elementi sarebbe infatti affidata ad incerti parametri o ad operazioni interpretative più complesse ed opinabili.

Una prima testimonianza dell'utilità del richiamo a disposizioni deontologiche, onde chiarire la portata di profili di rilievo penale, si ricava da una singolare vicenda che ha riguardato la contestazione del delitto di abuso di ufficio a carico di un ispettore di polizia che, abilitato all'esercizio della professione legale, aveva avviato numerose persone, conosciute per ragioni di ufficio, presso lo studio di un avvocato ove lo stesso soggetto prestava al contempo attività come collaboratore, per essere ivi assistiti legalmente. La Corte di cassazione⁶² ha al riguardo affermato che «l'ingiustizia del profitto (o del danno) possono benissimo derivare non da una violazione di legge o di regolamento ma da qualsiasi violazione di doveri giuridici quale ne sia la fonte, come nel caso di specie, in cui la genesi del dovere è contenuta in una norma di deontologia imposta a una categoria professionale»⁶³. In particolare, per la Corte, l'"ingiustizia" del vantaggio procurato, necessario per configurare la fattispecie dell'art. 323 c.p., si profilerebbe nella violazione del divieto di accaparramento di clientela, sancito dall'art. 37 dell'attuale codice deontologico forense (come già dall'art. 19 di quello abrogato), quale emanazione del dovere di dignità e decoro nell'esercizio della professione, anch'essi stabiliti dal medesimo codice deontologico⁶⁴.

Un'ulteriore dimostrazione dell'utilità delle disposizioni deontologiche per la definizione di elementi normativi si può avere per una delle fattispecie più propriamente rivolte a contrastare palesi mancanze del difensore nell'esercizio della sua attività professionale. L'art. 381 c.p., nel punire il patrocinatore che difenda contemporaneamente «parti contrarie» nel medesimo procedimento, sanziona la violazione (anche) di una regola deontologica: in particolare quella prevista dall'art. 24 del codice deontologico (come già dall'art. 37 del codice del 1997) in tema di conflitto di interessi⁶⁵. Non varrebbe osservare, onde negare il ruolo sistematico che tale regola svolge nell'economia della fattispecie penale, che la disposizione incriminatrice assorbe, ridefinisce e specifica la mancanza deontologi-

⁶² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 6 luglio 2005, n. 36592, in *Cass. pen.* 2006, 2072, con nota di M. DE BELLIS, *La Cassazione e la c.d. «doppia ingiustizia» dell'abuso di ufficio nel caso di procacciamento di clienti a favore di avvocato e ad opera del pubblico ufficiale*, e in *Dir. pen. proc.* 2006, 49.

⁶³ In senso contrario, per l'esclusione della rilevanza di valutazioni di carattere etico, sociale o politico v. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 91; Cass. pen., Sez. VI, 7 marzo 1995, Bussolati, in *Riv. pen.* 1995, 1452.

⁶⁴ Per osservazioni circa la correttezza della conclusione nel caso in esame sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 134.

⁶⁵ Essa stabilisce che «l'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale». Per ulteriori e più ampi riferimenti v. D. NOTARO, *op. cit.*, 210 s.

ca in vista di una più intensa tutela degli interessi in gioco. Il testo di autoregolamentazione, comunque, fornisce un prezioso parametro (non altrimenti surrogabile) di interpretazione del significato della locuzione “parti contrarie” ai fini della delimitazione dell’operatività della fattispecie penale.

Secondo l’art. 24, comma 3 c.d., infatti, sussiste conflitto di interessi fra il difensore e il suo assistito «anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un’altra parte assistita o cliente, l’adempimento di un precedente mandato limiti l’indipendenza dell’avvocato nello svolgimento del nuovo incarico». Tale regola individua nella “contrarietà” fra gli assistiti le ragioni del divieto, illuminando l’orizzonte del requisito del reato. Quanto poi alla coeva indicazione contenuta nell’art. 24, comma 5, a proposito del dovere di astensione imposto all’avvocato anche quando il conflitto sussista fra parti che si rivolgano ad avvocati soci della medesima società o associazione professionale o «che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale» fra loro, la capacità di tale più ampia definizione di estendere l’area di operatività della fattispecie, è legata alla possibilità che il coinvolgimento di soci e collaboratori di studio sia riconducibile all’ambito semantico della locuzione di medesimo “patrocinatore” adoperata dall’art. 381 c.p. La regola deontologica richiama nondimeno l’attenzione dell’interprete verso tale ulteriore profilo di conflittualità fra gli interessi del cliente e quelli dell’avvocato.

Ecco che allora, lungi dal poter prevalere sul tenore della formulazione legislativa, e guardandosi dal rischio di favorire surrettizie estensioni analogiche della disposizione incriminatrice, le indicazioni deontologiche possono asseverare in via ermeneutica (anche estensivamente) significato normativo e portata operativa del precetto penale.

d) Il ruolo di integrazione dei precetti penali. Fra i modi con cui le regole professionali possono “soccorrere” le fattispecie penali non può naturalmente trascurarsi quello consistente in una vera e propria etero-integrazione delle disposizioni incriminatrici. Com’è noto, tale meccanismo è ammesso entro rigorosi limiti⁶⁶ dettati dalla necessità di osservare la garanzia di legalità sancita dall’art. 25, comma 2 Cost. Lo stesso meccanismo presuppone che la disposizione incriminatrice sia formulata a livello generale e astratto in termini non del tutto esaustivi e che la legge, pur non venendo meno al compito di delineare «con sufficiente spe-

⁶⁶ Sull’ampia questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 83 s.

cificazione» i requisiti costitutivi caratterizzanti l'illecito⁶⁷, abbisogni di un completamento in chiave di adeguamento "tecnico" o di specificazione ad opera di fonti sotto-ordinate.

A tale eventualità si espongono i principali schemi di reato opponibili alle condotte degli operatori processuali: l'art. 323 c.p., che punisce l'abuso di ufficio, per le condotte dei magistrati⁶⁸; l'art. 380 c.p., concernente il "patrocinio infedele", e l'art. 378 c.p., che incrimina il favoreggiamento personale, per quel che attiene alle mancanze o alle inosservanze commesse dal difensore.

L'indicazione della «violazione di norme di legge» quale condizione per la configurazione di un abuso di ufficio espone direttamente la fattispecie ad una sua integrazione ad opera di disposizioni tecniche e specialistiche. Si è nondimeno posta nel tempo la questione del novero di "leggi" che possono integrare il requisito del delitto: in particolare, ci si è chiesti se anche disposizioni di principio e clausole generali a contenuto aperto (bisognevole cioè di una loro chiarificazione in sede interpretativa) possano essere considerate parametro di valutazione di una violazione penalmente sanzionata. A favore di una estensione della fattispecie a tali parametri si è rilevato che, diversamente ritenendo, sfuggirebbero utili termini di misurazione della potenziale nocività delle condotte dei funzionari, rimanendo in buona parte paralizzata la fattispecie incriminatrice nella sua portata applicativa. In senso opposto, propenso a limitare i parametri di misurazione della violazione abusiva alle sole disposizioni puntuali, si è naturalmente segnalata la necessità di rendere meglio determinata la fattispecie incriminatrice in linea con i dettami posti dall'art. 25, comma 2 Cost.

Quale che sia la soluzione preferibile in linea di principio, occorre segnalare che, per definire i termini della fattispecie in esame, la giurisprudenza⁶⁹ non ha

⁶⁷ Si ricordino Corte Cost., 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.* 1966, 270, e, più recentemente, Corte Cost., 11-14 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, 993 con nota di G. Viciconte, e in *Foro it.* 1991, I, 3020 con nota di F. Albergiani.

⁶⁸ Sulla propensione dell'art. 323 c.p. – considerata norma «parzialmente» in bianco – ad «aprirsi» a fonti extra legislative cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1996*, n. 234, Milano, 1997, 10 s.; L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.* 1997, 347 e 352; C. CUPELLI, *Abuso di ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.* 2001, 1031, ss.; G. LICCI, *Abuso di ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 461 e 471. In giurisprudenza cfr. *Cass. pen.*, Sez. IV, 17 ottobre 1997, Vitarelli e altri, in *Cass. pen.* 1998, 1616.

⁶⁹ Oltre a *Cass. pen.*, Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155 cit., cfr., ad es., *Cass. pen.*, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862, in *Cass. pen.* 2010, 1407. Si consideri inoltre *Cass. pen.*, Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 4637, in *Riv. pen.* 2007, 1126, secondo la quale la violazione di legge interviene «come mero presupposto di fatto per l'integrazione del reato, senza che lo specifico contenuto della norma violata si incorpori nel precetto penale e diventi elemento costitutivo della relativa fattispecie», con la conseguenza che la fattispecie penale prescinde dal contenuto puntuale o aperto della

mancato di considerare in più occasioni la plausibilità di un coinvolgimento normativo di disposizioni di carattere generale e financo di principi costituzionali quali quelli sanciti dagli artt. 24, 97 e 111 Cost., in quanto suscettibili di esprimere le ragioni *sostanziali* dell'abuso riprovato dall'ordinamento⁷⁰. Dinanzi a tale prospettiva, allora, escludere la considerazione delle regole deontologiche parrebbe soluzione riduttiva e controproducente, perché, da una parte, tali regole contengono in sé la capacità di esprimere il senso comune della condotta virtuosa, essendo adattabili ai più diversi contesti di azione; dei doveri deontologici evocati, oltretutto, i sistemi disciplinari operanti per magistrati e avvocati (specialmente dopo le riforme sopra considerate) prevedono sovente traduzioni puntuali utili a descrivere le situazioni riprovate almeno come termini di esemplificazione applicativa. L'alternativa ad un coinvolgimento delle regole deontologiche, d'altra parte, sarebbe rappresentato dal più probabile richiamo ai principi o ai valori costituzionali apicali della funzione, i quali, tuttavia, scontano la mancanza di un'attitudine prescrittiva⁷¹ e, come emerso in relazione alla ritenuta configurazione di abusi di ufficio a carico di alcuni magistrati⁷², si prestano a traduzioni opache in buona parte dipendenti dalla sensibilità del giudice. Altrimenti ancora, valorizzare la connotazione sostanziale dell'abuso, prescindendo dal richiamo puntuale a disposizioni espressive di regole e doveri specifici del settore, contrasterebbe con la scelta compiuta nel 1997 dal legislatore di adottare un modello *formale* di abuso, più oggettivo e meno dipendente dalla sensibilità del giudice chiamato a fare di volta in volta applicazione della fattispecie⁷³.

Spostandosi a considerare le figure di reato suscettibili di riguardare le mancanze del difensore, non può sfuggire come la struttura stessa dell'art. 380 c.p. – col punire il patrocinatore che, «rendendosi infedele ai suoi doveri professionali»,

disposizione richiamata; nello stesso senso Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2003, in 10056, in *Cass. pen.* 2004, 3621.

⁷⁰ Ed anzi, Corte Cost., 14 luglio 2016, n. 177, in *Giur. cost.* 2016, 1358, e in *Cass. pen.* 2016, 3585, ha dichiarato inammissibile (per mancata prospettazione della fattispecie applicabile nel caso di specie), la questione di legittimità costituzionale sollevata per contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 97, comma 2 Cost. nella parte in cui si assume che, secondo il “diritto vivente”, il requisito di «violazione di legge» includerebbe anche la elusione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; a parere della Consulta, inoltre, non sarebbe specificata dal giudice remittente la ragione per cui egli non ritenga di praticare un'interpretazione della norma denunciata che sia conforme a Costituzione.

⁷¹ In senso contrario a tale consolidato assunto, per vero, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.* 2010, 2771 ss.

⁷² Con particolare riferimento alla vicenda che ha riguardato la condanna di un giudice di pace cfr Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862 cit., a proposito della quale sia consentito rinviare a D. NOTARO, In foro illicito cit., 114 s.

⁷³ Per le alternative comparatistiche a un modello formale di abuso, tutt'ora disponibili nel panorama europeo, e per i loro inconvenienti, con particolare riferimento all'esperienza della *Rechtsbeugung* tedesca, sia consentito richiamare D. NOTARO, In foro illicito versari cit., 142 ss.

arrechi nocumento agli interessi della sua parte assistita dinanzi all'autorità giurisdizionale – implichi il necessario ausilio delle regole professionali⁷⁴. Il rinvio a queste ultime non sembra, d'altronde, potersi limitare al solo livello di *interpretazione* del testo normativo⁷⁵, attesa la genericità della locuzione normativa e la centralità dell'elemento costitutivo interessato nell'economia della fattispecie incriminatrice. Si comprende, quindi, come il richiamo innescato dalla norma penale “responsabilizzi” la capacità delle regole professionali di predeterminare i doveri di comportamento imposti all'avvocato nell'esercizio della sua attività. Una tale pretesa si fa più pressante anche perché degli ulteriori elementi costitutivi del reato, adombrati dalla disposizione penale e che potrebbero contribuire a spiegare il disvalore della fattispecie, si tende a dare un'interpretazione poco selettiva, con la conseguenza che la fisionomia del reato si avvicina a quella delle pure trasgressioni di settore: così è a dirsi, se si conviene che l'operare «dinanzi all'autorità giudiziaria» non sottenda l'esercizio dell'attività *in pendenza* di un procedimento giurisdizionale, sicché sarebbe possibile configurare il reato anche per l'attività stragiudiziale o per quella precedente all'instaurazione del procedimento⁷⁶; e così pure è a dirsi per il «nocumento» richiesto quale evento del reato, che viene individuato anche nel mancato conseguimento dei vantaggi giuridici e dei benefici di ordine morale che alla parte potrebbero derivare dal corretto e leale esercizio del patrocinio da parte dell'avvocato, eventualmente già nelle fasi intermedie o incidentali del procedimento⁷⁷. E allora grava appunto sulla capacità del precetto deontologico di dettare una regola chiara, buona parte della possibilità della fattispecie penale di sottrarsi ad irresistibili rilievi di indeterminatezza.

L'instaurazione di relazioni di integrazione del profilo normativo penale ad opera di precetti deontologici, peraltro, non riguarda necessariamente le modalità della condotta integranti il fatto tipico. Si danno casi nei quali il supporto delle regole deontologiche integra profili di antiggiuridicità speciale richiesti dalla fatti-

⁷⁴ Per una recente applicazione, che ha sottolineato la necessità di individuare la corrispondenza dell'atto all'esercizio di attività difensiva cui commisurare l'osservanza delle regole deontologiche professionali, v. Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 14751, inedita.

⁷⁵ Per L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966, 29 ss., si tratta proprio di eterointegrazione della fattispecie. Per G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 48 ss.; e M.B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 420 e 422, invece, le regole professionali varrebbero ad esplicitare a livello del fatto concreto l'elemento normativo dei “doveri” posto dall'art. 380 c.p. Che si debba attendere dalle regole deontologiche un chiarimento circa dimensione e portata dell'elemento costitutivo del reato, è riconosciuto anche da F. BENCIVENGA, *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico in atti “apparentemente” stragiudiziali*, in *Dir. pen. proc.* 1999, 466.

⁷⁶ In senso contrario (con effetto selettivo), di recente, Cass. pen., Sez. VI, 30 marzo 2017, n. 29783, in *CED Cass.* 279638.

⁷⁷ Di recente Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2017, n. 22978, in *CED Cass.* 270200; ma v. già Cass. pen., Sez. VI, 26 maggio 2011, n. 29653, in *Riv. pen.* 2011, 1171.

specie incriminatrice: si consideri il carattere “indebito” della condotta di rivelazione di segreto inerente a un procedimento penale, punita dall’art. 379-*bis* c.p., i cui tratti sono disvelati dall’art. 28 del codice deontologico. Tale ultima disposizione consente di derogare al dovere di riserbo sull’attività prestata, sulle informazioni della parte assistita e su quelle apprese nello svolgimento del mandato, quando la divulgazione sia «necessaria» per svolgere l’attività di difesa o per impedire la commissione di un reato di particolare gravità; «in ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato». Tali indicazioni, puntualizzando i casi nei quali la rivelazione è ammessa a scapito dell’esigenza di riserbo, delimitano i presupposti di illegittimità della condotta richiesti per il suo rilievo offensivo in sede penale.

Per altro verso, le regole in questione si prestano a costituire parametro *definitorio* variamente incidente sulla condotta tipica o sulla sua anti giuridicità: è il caso della interferenza dell’attività difensiva con lo spettro dell’art. 378 c.p. È noto che il delitto di favoreggiamento rappresenta una “spada di Damocle” incomben- te sull’avvocato che assista una persona coinvolta da un procedimento penale. Per la sua macroscopicità ed evocatività di significato (dovuta all’adozione di un modello di formulazione sostanziale dalla capacità onnicomprensiva), il delitto in esame tende a divorare ambiti di estrinsecazione dell’attività professionale⁷⁸. Rispetto alla portata di tale incriminazione, il problema non è semplicemente *giustificare* l’offensività di condotte difensive, ma, piuttosto, delimitare gli ambiti in cui – grazie alle indicazioni promananti dalla disciplina di settore – il compimento di taluni atti sia da intendersi, non già di ostacolo all’esercizio della giurisdizione, bensì funzionale ad esso e perfettamente “inquadrato nel sistema”.

Autorevole dottrina⁷⁹ ebbe a delineare in passato le condizioni in presenza delle quali escludere il delitto di favoreggiamento per le condotte difensive prestate al proprio assistito, assumendo a punto di partenza la distinzione fra comportamenti di aiuto materiale e condotte di ausilio intellettuale o informativo⁸⁰. È significativo osservare come tale distinzione trovi oggi *positiva* conferma nell’assetto delle norme di settore, sia quanto alla diretta rilevanza penale delle condotte di aiuto *materiale*, posto che esse esulano senz’altro dal prototipo di at-

⁷⁸ Cfr. per tutti M. ZANOTTI, *Sul problematico rapporti tra favoreggiamento personale e diritto di difesa*, in *Crit. dir.* 2005, 276.

⁷⁹ D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 195.

⁸⁰ La stessa prospettiva è stata adottata da P. PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale. Ancora un caso dubbio*, in *Dir. pen. proc.* 1995, 336; G. PIFFER, *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, I, *I delitti contro l’attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, dir. da G. Marinucci-E. Dolcini, IV, Padova, 2005, 731 s.; F. RINALDINI, *Il favoreggiamento personale*, Padova, 2005, 276 ss.; N. RAPACCINI, *La funzione difensiva tra diritto e “delitto di difesa”*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 98 s.; L. ZILLETTI, *Il favoreggiamento*, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera-L. Zilletti, Milano, 2009, 106 ss.

tività di assistenza difensiva tracciato dall'art. 2, l. n. 247/2012 e dall'art. 1 c.d., sia quanto alla possibilità di esimere dalla sfera di operatività dell'art. 378 c.p. l'aiuto intellettuale di tenore informativo prestato dal difensore al proprio cliente. A questo secondo versante attiene il caso della comunicazione di informazioni di tenore *fattuale* all'assistito, la quale non è necessariamente espressiva dell'attività di assistenza tecnica delineata dalle norme di settore. In relazione ad essa si segnala l'apporto fornito dal vigente codice deontologico il quale assevera l'attendibilità del criterio che guarda al modo di acquisizione (legittimo o illegittimo) della notizia comunicata al cliente e che era stato autonomamente elaborato dalla dottrina più autorevole per discernere l'ambito di estrinsecazione dell'attività professionale protetta e garantita dall'art. 24 Cost. Se già il codice deontologico del 1997, con l'art. 40, canone III, imponeva al difensore il *dovere* di «riferire al proprio assistito quanto appreso nell'esercizio del mandato se utile all'interesse di questi», nell'art. 27 del codice subentrato nel 2014 si puntualizza che il dovere di riferire all'assistito le informazioni che gli possono giovare riguarda le sole notizie apprese «legittimamente nell'esercizio del mandato», così profilando un oggettivo criterio di delimitazione degli spazi di estrinsecazione dell'attività difensiva libera da rischi penali. Si risolve così, in modo più certo e chiaro, fra l'altro, l'imbarazzo del conflitto di doveri in cui potrebbe trovarsi il difensore, stretto, fra l'esigenza, da un lato, di non tradire la fiducia del proprio cliente, cui guarda l'incriminazione posta dall'art. 380 c.p., e il dovere, dall'altro, di non porre ostacoli ultronei ed ingiustificati al corso dell'accertamento giudiziario, cui si rivolge l'art. 378 c.p.

e) *Il ruolo di intervento "complementare" alla tutela penale.* Da ultimo, il rapporto fra i sistemi deontologici-disciplinari e quello penale si atteggia in chiave di "complementarietà". Tale cifra può venire in considerazione sotto una duplice angolazione.

Una prima prospettiva evidenzia la strutturazione dei due sistemi in una più ampia strategia di contrasto generale alla perpetrazione di pratiche illecite. È il caso di fattispecie disciplinari e criminose che si pongono fra loro in relazione di progressione scalare di specificità e gravità crescenti del fatto sanzionato, pur avendo in comune la trasgressione di doveri professionali: già si è accennato al ruolo specificativo ed "intensivo" in cui si pone l'art. 380 c.p. rispetto alle mancanze disciplinari richiamate da quella stessa disposizione. Si prendano, però, adesso in considerazione il millantato credito di cui all'art. 382 c.p. e, più ancora, il traffico di influenze illecite, sanzionato dall'art. 346-*bis* c.p.

Tali fattispecie puniscono condotte *di per sé* contrastanti con i precetti deontologici (in particolare gli artt. 53-55 c.d.) che si curano di salvaguardare la correttezza formale dei rapporti dei difensori con gli altri soggetti del processo: magistrati, periti, consulenti, testimoni e persone informate sui fatti. Come il testo di

settore vieta, sotto minaccia di sanzione disciplinare, di instaurare relazioni oblique, in grado di condurre in futuro ad una strumentalizzazione della funzione difensiva, così i delitti si spingono a punire l'avvocato che, per affermare la propria posizione sul cliente o per pregiudicare quella delle parti contrapposte, adduca abitudini di frequentazione o veri e propri contatti indebiti con soggetti processualmente sensibili. Le regole disciplinari stigmatizzano, dunque, comportamenti potenzialmente prodromici all'instaurazione di relazioni collusive nocive agli interessi pubblici legati allo svolgimento della funzione di assistenza tecnica, senza che sia richiesto di riconoscere un orientamento particolare impresso alle relazioni informali allacciate.

Una ulteriore chiave di lettura, tutt'affatto diversa dalla precedente, individua la possibile complementarità fra illeciti disciplinari e reati, nella figura dell'illecito disciplinare "dipendente dal reato"⁸¹. È il caso degli illeciti professionali che, completando la risposta penale alla commissione di fatti criminosi, presuppongono che sia intervenuta la condanna per taluni reati. Ne ricorre testimonianza nel sistema che riguarda i magistrati (art. 4, d.lgs. n. 109/2006), mentre tale categoria di illeciti, un tempo considerata dagli artt. 42-43, r.d. 1933/1938, è tramontata per ciò che concerne la responsabilità degli avvocati⁸². In tali frangenti non è più solo la regola deontologica-disciplinare a condizionare la fisionomia dell'illecito penale, ma è quest'ultimo a definire (presuntivamente) l'inadeguatezza etica del magistrato ad osservare i propri doveri deontologici prodromici all'assolvimento dei compiti di ufficio. Senonché, per evitare il rischio di una pura eticizzazione del rimprovero (penale e disciplinare) del magistrato e per migliorare la collaborazione fra i due tipici di precetti, si è altrove segnalata⁸³ la necessità di incrementare la capacità delle disposizioni disciplinari di esprimere la regola la cui violazione vale a integrare la fattispecie di reato, cui si ricollegghi quindi l'ulteriore effetto (disciplinare) di attestare un'indegnità del magistrato ad esercitare la funzione.

5. Conclusioni. I limiti di plausibilità di una fattispecie di "abuso del processo"

L'intervento delle regole deontologiche a concorrere a definire o a interpretare le norme penali, se, da un lato, come si è cercato di spiegare, può oggi contare soprattutto sui risultati positivi della riforma professionale compiuta tra il 2012 e il 2014 per il settore forense, d'altro lato, può incontrare resistenze culturali, mo-

⁸¹ D. NOTARO, In foro illicito cit., 234.

⁸² Sulle ragioni e sulle implicazioni della scelta compiuta nel 2012, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. ult. cit.*, 237.

⁸³ D. NOTARO, In foro illicito cit., 235.

tivate probabilmente dal retaggio delle preoccupazioni legate alla duttilità con cui lo strumento disciplinare si prestava (soprattutto in passato) ad essere utilizzato arbitrariamente contro gli appartenenti alla categoria: ora come arma per minare l'indipendenza di azione e di giudizio del magistrato; ora come strumento per limitare l'esercizio della libertà difensiva dell'avvocato a tutela degli interessi del proprio cliente nel procedimento. Non si nega che la traduzione di clausole generali, imbevute di concetti "culturali" e di elementi di sentire comune, non può prescindere da gradienti di "precomprensione" che ne influenzano l'operatività. Si deve nondimeno riconoscere che la migliore articolazione formale delle prescrizioni e la loro profilata capacità di estroflettersi, mercé le modalità di pubblicazione cui sono tenute le regole di settore, costituiscono promettenti presidi di una sufficiente precisione di significato che ne consente la spendibilità sul versante penale.

Il timore, poi, che l'utilizzo di tali parametri per articolare le condotte suscettibili di dare luogo a responsabilità penale, valga ad opporre ostacoli allo svolgimento dell'attività professionale da parte degli avvocati, svantaggiandoli nella competizione processuale, è destinato a stemperarsi, se si considera che una analoga valorizzazione delle regole di settore è registrabile per gli strumenti afflittivi operanti nei confronti dei magistrati. D'altronde, proprio l'osservanza delle prescrizioni deontologiche sembra lo strumento più adatto per calibrare i rapporti fra le parti processuali chiamate ad operare all'interno di un modello "accusatorio" di procedimento; con tali regole possono e debbono, dunque, coordinarsi quei presidi che rispondono alla comune esigenza di salvaguardare condizioni di equilibrato esercizio delle prerogative processuali.

Né può trascurarsi che le alternative all'utilizzo delle regole di settore per definire i limiti di operatività delle fattispecie penali spendibili nei confronti di avvocati e magistrati impegnati nel processo, appaiono niente affatto rassicuranti, se si guarda all'esperienza applicativa dell'abuso di ufficio e del favoreggiamento maturata lungo un arco pluridecennale. Quanto alla prima fattispecie, come si è visto, per ricercare parametri adeguati a riempire di contenuti i rinvii formali innescati dall'art. 323 c.p., si è sovente fatto ricorso a principi costituzionali (in particolare quelli sanciti dall'art. 111 Cost.) che – a prescindere dalla questione della loro inidoneità a porre precetti⁸⁴ – palesano una genericità di contenuti che ri-

⁸⁴ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi* 2002, 131ss.; J. LUTHER, *Come interpretare i "principi fondamentali" della Costituzione*, in AA.VV., *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, a cura di L. Luther-E. Malfatti-E. Rossi, Pisa, 2001, 10 s. e 18; in ottica penalistica M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.* 2001, V, 34; ID., *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in AA.VV., *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, 29. Per un ridimensionamento

donda a beneficio di una ben maggiore discrezionalità applicativa da parte del giudice⁸⁵. Del favoreggiamento, poi, si lamenta da sempre la mancanza di parametri formali per tradurre in concreto il tipo di “aiuto” vietato che il difensore non può spendere a beneficio del proprio cliente. I richiami alla riconducibilità dell’atto a profili estranei ai contenuti del mandato difensivo⁸⁶ o all’instaurazione di una “solidarietà anomala” dell’avvocato con il proprio assistito⁸⁷ non sono che succedanei, utili al più a esprimere la *ratio* di criteri tutti da definire; e pure le più articolate elaborazioni dottrinali che hanno inteso fornire criteri operativi della fattispecie, peccano di eccesso di creatività, se confrontate con gli scarni riferimenti positivi (penali) cui si riferiscono.

A non migliore soluzione si giunge, d'altronde, considerando la categoria dell’abuso del processo come paradigma di mancanze e scorrettezze sanzionabili. Quella figura tradisce un insostenibile gradiente di ambiguità a causa della sua dichiarata aspirazione ad operare negli interstizi delle fattispecie normative, senza potersi sorreggere, tuttavia, sulla disponibilità di criteri illustrativi delle condotte abusive: il richiamo alla finalità elusiva o fraudolenta dell’agente, da un lato, e il confronto con le finalità istituzionali dell’atto o dell’istituto evocato, dall’altro, non valgono certo ad offrire parametri obiettivi e scevri dal rischio di arbitrii applicativi da parte del giudice che dovrebbe riconoscerne l’inveramento nel caso concreto. La figura accreditata dalle Sezioni Unite penali nel 2011 non può, dunque, acquisire meriti superiori a quelli di avere sollecitato l’attenzione dell’interprete verso una migliore delimitazione dell’ambito applicativo di fattispecie che non da oggi costituiscono un problema e un “rischio”, tanto per il funzionario pubblico che promuove o conduce il procedimento giurisdizionale, come per l’avvocato difensore impegnato ad assistere il proprio cliente nell’esercizio di libertà costituzionalmente sancite.

della inidoneità precettiva dei principi v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.* 2010, 2771 ss.

⁸⁵ V. Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862, in *Cass. pen.* 2010, 1407, con nota di M. DE BELLIS, *Abuso d’ufficio ed immeditata precettività del principio di imparzialità del giudice di cui all’art. 111, comma 2, Cost.*

⁸⁶ Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2000, n. 7270, in *Giust. pen.* 2001, II, 394, e in *Cass. pen.* 2001, 795, con nota di A. D’AMBROSIO, *Condotta tipica, esercizio del mandato e abuso nel reato di favoreggiamento personale.*

⁸⁷ Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2000, n. 651, in *Riv. pen.* 2000, 893, e in *Cass. pen.* 2001, 1791.