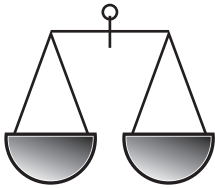


Il Consiglio OATi e la Commissione del Bollettino
ringraziano gli autori che hanno valorizzato la nostra rivista
con i loro interessanti e qualificati contributi.

Gli autori si esprimono a titolo personale e i loro articoli non impegnano l'OATi.



Sommario

- | | |
|---|------------------|
| <p>Natura giuridica della responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni verso terzi contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio</p> <p>Roberto Porrello,
avvocato del Foro di Busto Arsizio,
componente del Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Busto Arsizio</p> | <p>3</p> |
| <hr/> | |
| <p>Appello copia/incolla? Note sulla ricevibilità dell'appello nel Codice di procedura civile ticinese</p> <p>Emanuela Epiney-Colombo,
Presidente del Tribunale d'Appello</p> | <p>8</p> |
| <hr/> | |
| <p>L'atto d'accusa secondo il nuovo Codice di procedura penale</p> <p>Sergio Mastroianni, Procuratore federale</p> | <p>10</p> |
| <hr/> | |
| <p>La giurisdizione di reclamo nel Codice di procedura penale</p> <p>Mauro Mini, Presidente della Camera
dei ricorsi penali del Tribunale di Appello</p> | <p>20</p> |
| <hr/> | |
| <p>Responsabilità solidale dei coniugi e dei partner registrati per i debiti derivanti da premi e partecipazioni secondo la LAMal</p> <p>Ivano Ranzanici, Giudice del Tribunale
d'Appello e Christian Steffen,
Vice Cancelliere del Tribunale d'Appello</p> | <p>27</p> |
| <hr/> | |
| <p>Deontologia professionale, regole professionali e norme deontologiche</p> <p>Riccardo Rondi, avvocato,
Presidente della Commissione di disciplina</p> | <p>35</p> |
| <hr/> | |
| <p>Problemi aperti quo alla retribuzione dell'avvocato</p> <p>Marco Frigerio, avvocato</p> | <p>53</p> |
| <hr/> | |
| <p>Il segreto professionale dell'avvocato e il suo effetto in materia di ordini di perquisizione e sequestro nelle procedure penali</p> <p>Diego Della Casa, avvocato</p> | <p>59</p> |
| <hr/> | |
| <p>L'attività di intermediazione finanziaria degli avvocati e dei notai e l'affiliazione ad un organismo di autodisciplina</p> <p>Lorenza Rossini Scornaienghi, avvocato,
controllore OAD FSA/FSN</p> | <p>68</p> |
| <hr/> | |
| <p>Decisione N. 354 del 28 aprile 2008 della Commissione di disciplina</p> <p>Offese a magistrato.</p> <p>Art. 12 a) LLCA, 30 CAvv, 8 CSD,
2 DPA, 49 cfr. 2 CPS</p> | <p>71</p> |
| <hr/> | |
| <p>Sentenza del 10 luglio 2008 della II Corte di diritto pubblico del Tribunale federale in materia disciplinare.</p> | <p>73</p> |
| <hr/> | |
| <p>Varia</p> | <p>78</p> |
| <hr/> | |
| <p>Impressum</p> | <p>79</p> |

*Abbiamo il piacere di ospitare, in questo numero del bollettino, anche l'avv. **Roberto Porrello**, componente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Busto Arsizio e direttore di "Ex art.", rivista dell'Ordine degli Avvocati di Busto Arsizio.*

Il suo contributo fa seguito agli scambi già intercorsi tra il nostro Ordine e quello di Busto Arsizio, quali l'incontro del 18 aprile 2007 e gli interventi degli avvocati Niccolò Salvioni e Filippo Solari sulla rivista "Ex-art".

Ringraziamo l'avvocato Porrello per il suo articolo di sicuro interesse per i nostri membri.

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' DEI SINGOLI CONDOMINI PER LE OBBLIGAZIONI VERSO TERZI CONTRATTE DALL'AMMINISTRATORE NELL'INTERESSE DEL CONDOMINIO

Roberto Porrello,
avvocato del Foro di Busto Arsizio,
componente del Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Busto Arsizio

In Italia ha destato molto scalpore - c'è chi l'ha definita "storica", chi "dirompente", chi "un punto di svolta", chi "una coraggiosa inversione interpretativa", chi addirittura "rivoluzionaria" - la sentenza n. 9148 dell'08/04/2008 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, massimo organo della giurisdizione, in materia di responsabilità dei condomini per le obbligazio-

ni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio.

Occorre preliminarmente sottolineare come la Corte di Cassazione pronunci a Sezioni Unite, tra gli altri casi, sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici e le relative decisioni, anche se si riferiscono al caso specifico e quindi hanno effetto solo tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, in realtà, per la funzione nomofilattica propria delle Sezioni Unite della Corte, sono destinate ad incidere in modo rilevante su tutte le decisioni successive non solo dei giudici di merito (Tribunali e Corti d'Appello) ma anche delle stesse Sezioni semplici della Corte di Cassazione. Ciò a maggior ragione alla luce della novella del 2006 secondo cui "se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

IL CASO

Un condominio, a seguito di regolare delibera assembleare, aveva appaltato lavori su parti comuni dell'edificio, l'impresa designata li aveva eseguiti ma, non avendo ricevuto il residuo corrispettivo, era stata costretta a richiedere al Tribunale di Bologna un decreto ingiuntivo nei confronti sia del Condominio sia dei condomini. Due condomini si erano però opposti deducendo la inammissibilità della duplice condanna emessa in via solidale non solo nei confronti del Condominio ma anche nei loro confronti posto che essi avevano già adempiuto pro quota alla loro obbligazione versando all'amministratore quanto da essi dovuto in base ai millesimi di proprietà.

Il Tribunale di Bologna, accogliendo l'opposizione, aveva revocato il decreto ingiuntivo e la Corte d'Appello di Bologna aveva respinto l'impugnazione proposta dall'impresa di costruzioni la quale, a questo punto, non si era data per vinta e aveva proposto ricorso per cas-

sazione.

La seconda sezione civile aveva rimesso gli atti al primo Presidente della Corte avendo ravvisato la sussistenza di un contrasto all'interno della sezione posto che per un primo indirizzo (del tutto maggioritario) la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio verso terzi avrebbe natura solidale, mentre per un secondo orientamento (decisamente minoritario) avrebbe vigore il principio della parziarietà, ovvero della ripartizione tra i condomini delle obbligazioni assunte nell'interesse del condominio in proporzione alle rispettive quote.

Il primo Presidente, stante il sopra evidenziato contrasto, aveva pertanto disposto che la Corte pronunciasse a Sezioni Unite.

LA DECISIONE DELLA CORTE A SEZIONI UNITE

In base alla quasi unanime giurisprudenza (Cass. Civ., Sez. II, 05/04/1982, n. 2085; Cass. Civ., Sez. II, 17/04/1993, n. 4558; Cass. Civ., Sez. II, 30/07/2004 n. 14593; Cass. Civ., Sez. II, 31/08/2005 n. 17563) il creditore poteva agire per richiedere l'intero non solo nei confronti del Condominio ma anche dei singoli condomini in virtù della responsabilità solidale dei condomini, salvo il diritto dei condomini che avessero pagato l'intero di rivalersi nei confronti degli altri condomini.

Una giurisprudenza del tutto minoritaria, *rectius* isolata (Cass. Civ., Sez. II, 27/09/1996, n. 8530, Pres. Verde, Rel. Corona), riteneva invece che la responsabilità dei condomini fosse retta dal criterio della parziarietà in proporzione alle rispettive quote in quanto le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752'

e 1295² cod. civ. per le obbligazioni ereditarie secondo cui al pagamento dei debiti ereditati i coeredi concorrono in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori si ripartisce tra gli eredi in proporzione alle quote ereditarie.

Le Sezioni Unite civili della Suprema Corte di Cassazione (Pres. Carbone, Rel. Corona³) con la ricordata sentenza 9148 dell'08/04/2008 hanno risolto il contrasto di giurisprudenza insorto circa la responsabilità solidale o "pro quota" dei condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio facendo propria la tesi minoritaria ed optando per la ripartizione tra i condomini delle obbligazioni assunte nell'interesse del condominio in proporzione alle rispettive quote.

Le Sezioni Unite hanno sottolineato come, stando all'interpretazione più accreditata, le obbligazioni solidali, indivisibili e parziarie raffigurano le risposte dell'ordinamento ai problemi derivanti dalla presenza di più debitori (o creditori), dalla unicità della causa dell'obbligazione (*eadem causa obligandi*) e dalla unicità della prestazione (*eadem res debita*).

Mentre dalla pluralità dei debitori e dalla unicità della causa dell'obbligazione scaturiscono questioni che, nella specie, non rilevano, la categoria dell'*idem debitum* propone problemi tecnici considerevoli: in particolare, la unicità della prestazione che, per natura, è suscettibile di divisione, e la individuazione del vincolo della solidarietà rispetto alla prestazione la quale, nel suo sostrato di fatto, è naturalmente parziaria.

Semplificando categorie complesse ed assai elaborate, l'indivisibilità consiste - proseguono le Sezioni Unite - nel modo di essere della pre-

1 Art. 752 c.c. ripartizione dei debiti ereditari tra gli eredi: "i coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e dei pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie, salvo che il testatore abbia altrimenti disposto".

2 Art. 1295 c.c. divisibilità tra gli eredi: "salvo patto contrario, l'obbligazione si divide tra gli eredi di uno dei condebitori o di uno dei creditori in solido, in proporzione delle rispettive quote".

3 Si noti che il relatore, Corona, Presidente titolare dal 2002 della seconda sezione civile della Corte (che tratta, tra le altre, le cause di condominio), autore di numerose pubblicazioni, è proprio il magistrato che nel lontano 1996 era stato estensore della sentenza - la numero 8530 - a cui hanno ora aderito le Sezioni Unite.

stazione: nel suo elemento oggettivo, specie laddove l'insussistenza naturalistica della indivisibilità non è accompagnata dall'obbligo specifico imposto per legge a ciascun debitore di adempiere per l'intero. Quando la prestazione per natura non è indivisibile, la solidarietà dipende dalle norme e dai principi. La solidarietà raffigura un particolare atteggiamento nei rapporti esterni di una obbligazione intrinsecamente parziaria quando la legge privilegia la comunanza della prestazione. Altrimenti, la struttura parziaria dell'obbligazione ha il sopravvento e insorge una pluralità di obbligazioni tra loro connesse.

È pur vero che la solidarietà raffigura un principio riguardante i condebitori in genere ma il principio generale è valido laddove, in concreto, sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge per l'attuazione congiunta del condebito. Sicuramente, quando la prestazione comune a ciascuno dei debitori, è, allo stesso tempo, indivisibile. Se invece l'obbligazione è divisibile, salvo che dalla legge (espressamente) sia considerata solidale, il principio della solidarietà (passiva) va temperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 cod. civ., secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte.

Poiché la solidarietà, spesso, viene ad essere la configurazione ex lege, nei rapporti esterni, di una obbligazione intrinsecamente parziaria, in difetto di configurazione normativa dell'obbligazione come solidale e, contemporaneamente, in presenza di una obbligazione comune, ma naturalisticamente, divisibile viene

meno uno dei requisiti della solidarietà e la struttura parziaria dell'obbligazione prevale.

Del resto, la solidarietà viene meno ogni qual volta la fonte dell'obbligazione comune è intimamente collegata con la titolarità delle res.

Le disposizioni di cui agli artt. 752, 754⁴ e 1295 cod. civ. - che prevedono la parziarietà delle obbligazioni dei coeredi e la sostituzione, per effetto dell'apertura della successione, di una obbligazione nata unitaria con una pluralità di obbligazioni parziarie - esprimono il criterio di ordine generale del collegamento tra le obbligazioni e le res.

Per ciò che concerne la struttura delle obbligazioni assunte nel cosiddetto interesse del condominio, in realtà ascritte ai singoli condomini, si riscontrano certamente - hanno precisato i giudici delle Sezioni Unite - la pluralità dei debitori (i condomini) e la *eadem causa obligandi* mentre difetta la unicità della prestazione (*idem debitum*). La prestazione certamente è unica e indivisibile per il creditore, il quale effettua una prestazione nell'interesse e in favore di tutti i condomini, ma l'obbligazione dei condomini (condebitori), consistendo in una somma di danaro, raffigura una prestazione comune ma naturalisticamente divisibile.

Orbene, nessuna norma di legge (né l'art. 1115, comma I⁵, né l'art. 1123 cod. civ.⁶) - continuano i giudici - espressamente dispone che il criterio della solidarietà si applichi alle obbligazioni dei condomini.

Il condominio non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai sin-

4 art. 754 c.c. pagamento dei debiti e rivalsa: "gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota ereditaria e ipotecariamente per l'intero. Il coerede che ha pagato oltre la parte a lui incombente può ripetere dagli altri coeredi soltanto la parte per cui essi devono contribuire a norma dell'art. 752, quantunque si sia fatto surrogare nei diritti dei creditori..."

5 art. 1115, comma I, c.c. obbligazioni solidali dei partecipanti: "ciascun partecipante può esigere che siano estinte le obbligazioni in solido contratte per la cosa comune, le quali siano scadute o scadano entro l'anno dalla domanda di divisione".

6 art. 1123 c.c. ripartizione delle spese: "le spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione".

goli condomini: agli stessi condomini sono ascritti le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti.

Inoltre l'amministratore del condominio, secondo la giurisprudenza consolidata, raffigura un ufficio di diritto privato assimilabile al mandato con rappresentanza: con la conseguente applicazione, nei rapporti tra l'amministratore e ciascuno dei condomini, delle disposizioni sul mandato.

Orbene, la rappresentanza, non soltanto processuale, dell'amministratore del condominio è circoscritta alle attribuzioni - ai compiti ed ai poteri - stabilite dall'art. 1130 cod. civ.

In giudizio l'amministratore rappresenta i singoli condomini, i quali sono parti in causa nei limiti della loro quota (art. 1118 e 1123 cod. civ.).

L'amministratore agisce in giudizio per la tutela dei diritti di ciascuno dei condomini, nei limiti della loro quota, e solo in questa misura ognuno dei condomini rappresentati deve rispondere delle conseguenze negative. Del resto, l'amministratore non ha certo il potere di impegnare i condomini al di là del diritto, che ciascuno di essi ha nella comunione, in virtù della legge, degli atti di acquisto e delle convenzioni.

Pertanto l'amministratore, in quanto non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabilite dall'art. 1123 c.c., non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti della rispettiva quota.

La Corte, nella parte finale della sentenza, ha opportunamente riepilogato i principi a cui essa si è attenuta per abbracciare il criterio della parziarietà:

- la solidarietà passiva, in linea di principio, esige la sussistenza non soltanto della plu-

ralità dei debitori e dell'identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune;

- in mancanza di quest'ultimo requisito e in difetto di un'espressa disposizione di legge, la intrinseca parziarietà della obbligazione prevale;
- l'obbligazione ascritta a tutti i condomini, ancorché comune, è divisibile, trattandosi di somma di denaro;
- la solidarietà nel condominio non è contemplata da nessuna disposizione di legge e che l'art. 1123 citato, interpretato secondo il significato letterale e secondo il sistema in cui si inserisce, non distingue il profilo esterno e quello interno;
- l'amministratore vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote;
- le obbligazioni e la susseguente responsabilità dei condomini sono governate dal criterio della parziarietà;
- ai singoli si imputano, in proporzione alle rispettive quote, le obbligazioni assunte nel cosiddetto "interesse del condominio", in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza.
- le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie, secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditari in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori tra gli eredi si ripartisce in proporzione alle quote ereditarie.

I PRIMI COMMENTI ALLA SENTENZA

Molteplici sono stati i commenti in dottrina: in questa sede, per ovvi motivi di spazio, non è possibile prenderli tutti in considerazione di talché ci limiteremo, in estrema sintesi, a riportarne uno contrario e uno favorevole.

Tra i contrari, tra gli altri, Vincenzo Nasini e Paolo Nasini in “Archivio delle locazioni e del condominio”, n. 5, 2008, La Tribuna, i quali si domandano “...è di tutta evidenza che accogliendo la tesi della Corte, potenzialmente valida in tutti i casi in cui dal lato passivo vi siano più debitori per una stessa prestazione pecuniaria, si avrebbe una situazione paradossale: le obbligazioni pecuniarie dovrebbero essere sempre considerate parziarie salvo che la legge non preveda la solidarietà. Pensiamo, ad esempio, ad una compravendita stipulata da più acquirenti: l’obbligazione di pagamento del prezzo è ovviamente divisibile essendo pecuniaria, però nessuno si sognerebbe, salvo espressa previsione contrattuale, di ritenere parziaria questa obbligazione anche laddove, per comodità, nell’atto stesso siano state previste le quote di comproprietà e, quindi, di ripartizione del costo di acquisto”.

Un altro commentatore, Nunzio Izzo, avvocato, autore di varie pubblicazioni, in www.ANACI.it (Associazione Nazionale Amministratori Condominiali e Immobiliari) ritiene invece che la sentenza abbia “l’innegabile pregio giuridico e pratico di ricondurre la gestione condominiale nell’alveo della specifica disciplina giuridica dettata per il condominio. Infatti, la previsione del dovere di riscuotere i contributi per la gestione (art. 1130 c.c.), secondo il preventivo approvato (art. 1135, comma I, n. 2), comporta che l’amministratore deve procedere alla riscossione prima di stipulare il contratto con i terzi al fine di costituire, così, la provvista tipica del rapporto di mandato che la sentenza ribadisce. Ciò è coerente con il principio della parziarietà. Sotto tale profilo, la pronuncia appare ineccepibile, anche se ciò

provocherà un aggravio per l’amministratore e un notevole ritardo nell’esecuzione delle decisioni assembleari, specialmente se urgenti. È prudente e consigliabile, pertanto, che l’amministratore vi si conformi immediatamente per evitare possibili addebiti futuri in punto di diligenza professionale...”.

Chi scrive queste note è favorevole all’interpretazione data dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione. Non c’è dubbio che siano pertinenti taluni dei rilievi formulati in dottrina e che, sostanzialmente, si riducono a mettere in evidenza le difficoltà che avrà il creditore di un condominio nell’andare a soddisfarsi, nel conoscere le quote dei singoli condomini, negli ostacoli che la privacy può opporre, ecc., ma è altrettanto vero che la soluzione prescelta dai giudici, come sottolineato dagli stessi nella parte conclusiva della sentenza, “*appare adeguata alle esigenze di giustizia sostanziale emergenti dalla realtà economica e sociale del condominio negli edifici*”.

È conforme a giustizia che un condomino, che pure ha adempiuto regolarmente alla propria obbligazione di versare all’amministratore la quota da lui dovuta in base ai millesimi di proprietà, riceva dal creditore del condominio un’ingiunzione per il pagamento di quelle somme che altri condomini non hanno corrisposto? È conforme a giustizia che detto condomino “modello” subisca un pignoramento se non provvede a corrispondere ciò che i condomini non hanno pagato? È conforme a giustizia che il malcapitato condomino “prescelto” dal creditore rischi, come è spesso accaduto, di non recuperare quanto anticipato?

Nel bilanciamento degli opposti interessi non c’è dubbio che sia preferibile la tutela della parte più debole (il condomino) rispetto all’altra (contraente terzo) il quale, seppure con indubbe difficoltà, potrà comunque richiedere al momento della stipulazione del contratto le opportune garanzie.

APPELLO COPIA/INCOLLA? NOTE SULLA RICEVIBILITÀ DELL'APPELLO NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE TICINESE

Emanuela Epiney-Colombo,
Presidente del Tribunale d' Appello

La redazione degli scritti giuridici, contratti e allegati di causa, ha tratto enormi benefici dagli sviluppi dell'informatica, sia per quel che concerne le possibilità di ricerca del materiale sia per l'accresciuta facilità di mettere su carta il proprio pensiero grazie ai programmi di scrittura. Alcune funzioni di questi programmi, come *copia/incolla*, offrono innegabili vantaggi al redattore. Non lo liberano però dalla necessità di una rilettura critica del testo, indispensabile per adattare il prodotto finale alla situazione concreta. La funzione *copia/incolla* può anche avverarsi letale per l'avvocato se viene usata senza una rilettura critica del testo finale, in particolare quando quest'ultima tappa – essenziale - viene omessa sotto l'assillo della scadenza di un termine fatale di procedura.

Prima di poter essere esaminato nel merito, un atto di appello deve soddisfare le condizioni di ricevibilità poste dall'art. 309 CPC-TI, che l'autorità giudiziaria di seconda istanza esamina d'ufficio. Oltre all'esigenza di indicare le domande di giudizio (sembra incredibile ma vi sono appelli che ne sono del tutto spro-

visti), l'art. 309 cpv. 2 lett. f CPC prescrive che un appello deve essere motivato. L'appellante deve indicare i motivi di fatto e di diritto per i quali la decisione del giudice di prima istanza deve essere modificata nel senso da lui auspicato. Detto altrimenti, deve menzionare quali sono i punti della sentenza da lui ritenuti errati e dimostrare che le argomentazioni e le motivazioni scelte dal giudice di prima istanza sono sprovviste di pertinenza. La critica al giudizio appellato deve essere puntuale e precisa¹, sia per quel che concerne l'accertamento dei fatti sia per l'applicazione del diritto. Il significato dell'appello è quello di esporre ai giudici di seconda sede le critiche alla sentenza di prime cure che permetteranno loro di verificarne la fondatezza. Un semplice elenco dei quesiti giuridici da esaminare non è sufficiente a questo scopo e non costituisce una motivazione sufficiente di un appello². Considerazioni giuridiche astratte o critiche generiche della decisione impugnata³ non sono sufficienti. È invece indispensabile menzionare quali sono gli accertamenti del Pretore che denotano un apprezzamento arbitrario delle prove. Per esempio è insufficiente dire "il Pretore ha apprezzato in modo arbitrario le prove" quando si può spiegare "dalle risultanze istruttorie il teste A ha detto che il colore era bianco ed è quindi arbitrario l'apprezzamento del Pretore, secondo il quale il teste ha confermato che il colore era nero".

La Seconda Camera civile ha constatato da qualche tempo un'ampia diffusione del metodo che consiste nel redigere l'atto di appello ricopiando le conclusioni di causa, con un *copia/incolla* pressoché totale. Risultato? L'appello viene dichiarato irricevibile per carenza di motivazione ai sensi dell'art. 309 cpv. 2 lett. f CPC, anche se consta di molte pagine che soddisfano – ma solo all'apparenza

1 Sentenza della Seconda camera civile del 15 marzo 2004 12.2004.9.

2 DTF 116 II 92 consid. 2.

3 DTF 106 II 175, 116 II 745.

– l'esigenza legale di motivazione. Eppure una riflessione sul meccanismo procedurale dell'appello nella procedura civile ticinese dovrebbe dissuadere qualunque avvocato dall'usare la funzione *copia/incolla* per trasformare in un appello le conclusioni di causa.

L'autorità ticinese di appello, infatti, rivede i fatti e il diritto ma non riprende da zero la procedura giudiziaria. Parte invece dalla decisione contestata ed esamina le critiche che l'appellante muove al Pretore, sulla base del materiale raccolto in prima sede (allegati scritti e istruttoria) a esclusione di nuove risultanze istruttorie e nuove conclusioni e allegazioni (art. 321 CPC), salvo la facoltà per il giudice di ordinare l'assunzione di alcune prove (art. 322 CPC). In altre parole, in appello non è più possibile cambiare le carte in tavola, sia dal profilo dell'impostazione giuridica data alla causa, sia da quello delle prove da esaminare e apprezzare. L'oggetto della vertenza è – e rimane – quello indicato nella petizione e nella risposta, rispettivamente nella replica e nella duplice (art. 165, 170, 175, 176 e 281 CPC). Argomenti proposti solo con le conclusioni giungono troppo tardi e non possono quindi essere proposti in appello⁴. L'appellante non può dimostrare in seconda istanza, allegando fatti e tesi mai proposti nella procedura davanti al Pretore, che la decisione di quest'ultimo è errata o si fonda sull'apprezzamento arbitrario delle prove.

Per costante giurisprudenza il richiamo in un appello delle motivazioni e argomentazioni già espone in altri allegati di prima sede non costituisce pertanto una motivazione e comporta la nullità dell'appello⁵. L'enunciazione “si rinvia alle motivazioni di prima sede, che si danno qui per integralmente riprodotte” - e altre di

questo tipo - non equivale di conseguenza a motivare l'atto di appello. Consci di tale giurisprudenza, alcuni appellanti pensano di rispettare l'obbligo di motivazione presentando un atto di appello in cui il titolo è nuovo, mentre il testo è una copia delle conclusioni, nel migliore dei casi con qualche ritocco formale o con qualche aggiunta. Se non che, la giurisprudenza considera che è nullo anche l'appello in cui sono riprese le argomentazioni contenute nelle conclusioni, senza che vi sia una critica alle motivazioni espone dal giudice di prima istanza⁶.

Il motivo di tale giurisprudenza si spiega con il senso e lo scopo di un appello rispetto a quelli di un memoriale conclusivo. Le conclusioni, infatti, sono presentate in prima istanza al termine della fase istruttoria e servono a convincere il giudice che le allegazioni e le argomentazioni della parte contenute negli allegati preliminari (petizione e risposta, replica e duplice) hanno trovato conferma nelle risultanze istruttorie. A quel momento il primo giudice non ha ancora emanato il proprio giudizio, che elaborerà in seguito sulla base degli allegati preliminari, dell'istruttoria e delle conclusioni presentate dalle parti. Ricopiare le proprie conclusioni di causa come appello equivale dunque a ripetere l'opinione già enunciata, senza esprimersi sulla decisione del Pretore che non l'ha condivisa e ne ha preferito un'altra. La ricopiatura delle conclusioni non è dunque sufficiente per motivare un appello, nel quale occorre invece esporre critiche precise alla motivazione del primo giudice⁷, spiegando perché sarebbe errata e per quali motivi sarebbe corretta quella espone dall'appellante. Le esigenze di motivazione non sono inferiori nemmeno nelle procedure rette dalla massima

4 COCCHI/TREZZINI, Codice di procedura civile ticinese App 2000/2004, n. 35 ad art. 321.

5 Cocchi/Trezzini, CPC-TI n. 20-21 ad art. 309).

6 Sentenze della Seconda Camera civile del Tribunale di appello del 2 maggio 2000 12.2000.38, del 24 novembre 2003 12.2003.201, del 28 aprile 2005 12.2004.139 in: JAR 2006 509; Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 21 ad art. 309.

7 Sentenza della Seconda Camera civile del Tribunale di appello del 20 gennaio 2003 12.2001.160 in: NRCP 2003 pag. 415.

8 Cf. da ultimo la sentenza della Seconda Camera civile del 14 aprile 2008 12.2007.184.

inquisitoria sociale⁸, come nel diritto del lavoro per valori inferiori a fr. 30'000.- (art. 343 cpv. 4 CO) o nel diritto di locazione (art. 274d cpv. 3 CO).

La situazione non cambierà con l'entrata in vigore del Codice di diritto processuale civile svizzero (CPCS), prevista il 1° gennaio 2011. Il Messaggio⁹ spiega, infatti, che la motivazione dell'appello può essere breve e succinta nelle cause in procedura semplificata (per valori fino a fr. 30'000.-, art. 239-243 progetto), mentre nella procedura ordinaria (per le cause a partire dal valore di fr. 30'000.-, art. 216-238 del progetto) la memoria deve invece essere completa e accurata. In ogni caso il semplice rinvio agli atti di prima istanza sarà insufficiente¹⁰.

In conclusione, quindi, chi si accinge a redigere un appello deve tener presente che nell'allegato deve indicare con precisione quali critiche muove alla decisione di prima sede. Perché, in altri termini, il Pretore ha sbagliato dando torto alla parte che appella. Le conclusioni, viste sotto quest'ottica, sono solo un punto di partenza e non la meta finale, a maggior ragione se contengono novità rispetto agli allegati preliminari, come tali già di principio destinate a non essere prese in considerazione nella sentenza di prima istanza. Invece della funzione *copialincolla* è ben più utile per l'avvocato disporre di uno strumento efficace e razionale per gestire i propri impegni e avere il tempo, una volta ricevuta la decisione di prima sede, di redigere un memoriale di appello sufficientemente motivato da poter essere esaminato nel merito. Vale a dire un appello in cui chi contesta l'opinione motivata del Pretore la esamina e la discute punto per punto, proponendo ai giudici di appello un'argomentazione motivata che li induca a preferirla a quella del primo giudice.

⁹ Messaggio concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero del 28 giugno 2006, Foglio federale 2006 6593 ss.

¹⁰ Messaggio, FF 2006 pag. 6745.

L'ATTO D'ACCUSA SECONDO IL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE

Sergio Mastroianni, Procuratore federale

Sommario

1. Introduzione
2. Promozione dell'accusa
 - 2.1. Scopo dell'atto d'accusa
 - 2.2. Forma dell'atto d'accusa
 - 2.3. Contenuto dell'atto d'accusa
 - 2.3.1. Circostanze di fatto e fattispecie penali ritenute adempiute
 - 2.3.2. Altre indicazioni e richieste
 - 2.3.3. Elementi estranei all'atto d'accusa
 - 2.3.4. Rinvio esplicito a parti del dossier?
 - 2.4. Casi particolari: atto d'accusa subordinato e atto d'accusa alternativo
- 2.5. Modifica e estensione dell'atto d'accusa ad altri reati
- 2.6. Complementi all'atto d'accusa
 - 2.6.1. Altre indicazioni e richieste
 - 2.6.2. Rapporto finale
- 2.7. Notificazione dell'atto d'accusa
- 2.8. Impugnabilità dell'atto d'accusa
- 2.9. Esame dell'atto d'accusa da parte del Giudice adito

1. Introduzione

La procedura penale in Svizzera è raccolta in ben 29 atti normativi, dispersi in 26 Cantoni e in tre leggi federali. Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (in seguito CPP) questa dispersione normativa verrà consegnata alla storia. Nelle prospettive del legislatore, l'unificazione dovrebbe, per sua natura, lasciare meno spazio a disuguaglianze giuridi-

che e a incertezza del diritto consentendo migliore tutela di giustizia e di equità nell'applicazione del diritto. Spesso i buoni propositi non bastano. Solo l'applicazione pratica della nuova normativa ci dirà infatti se la stessa è sbilanciata a favore di interessi particolari o se questi interessi potranno convivere in un equilibrato e armonico connubio. Quella celebrata nel nuovo testo legale non si riduce ad ogni modo ad una semplice unificazione ma è sintesi, selezione e innovazione di norme processuali. La speranza di chi si trova, per funzione istituzionale, ad essere garante di una corretta applicazione del diritto e a ricercare una verità spesso solo processuale, è che la nuova normativa offra strumenti di ricerca e di indagine efficaci, capaci di favorire in particolar modo la lotta a quella criminalità organizzata che ostenta irrispettosa indifferenza nei confronti dei precetti giuridici posti a fondamento di uno Stato di diritto. A questa concezione si appaia, nell'utilizzo degli stessi strumenti e non solo in un'ottica di complemento ma anche in un'ottica di opposizione, una linea che esige maggiore tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Tenuto conto di limiti di spazio, questo scritto si prefigge di esaminare il tema della promozione dell'accusa¹ secondo il nuovo codice di procedura penale. Tale tematica, di centrale importanza nel procedimento penale non solo a motivo della sua collocazione temporale, coinvolge tutti i protagonisti di un processo penale. Il dato è evidente e assegna al tema interesse tangibile. La veste narrativa applicata alla trattazione del tema è quella di breve guida alla nuova normativa. L'autore non eviterà di esprimere opinioni di carattere personale in una sorta di esegesi che possa indurre a spunti di riflessione e di discussione critica.

La prima osservazione di carattere generale

è riferita ad una fondamentale scelta operata nel nuovo disegno di legge. Il compito di rimettere il testo accusatorio al giudizio del Giudice e di definire quindi l'oggetto del dibattimento di primo grado, spetta al pubblico ministero (in seguito Ministero Pubblico) al quale è affidato anche l'onere della conduzione dell'istruttoria. All'accusato e al suo difensore il diritto e l'onere di confrontarsi con imputazioni che potrebbero comportare grave ingerenza nella libertà personale con la comminazione di pene privative della libertà. Questa impostazione, sostenuta da criteri di efficacia e di celerità, premia il modello procedurale ticinese e lascia scomparire, formalmente e per la Svizzera intera, la funzione istituzionale del Giudice istruttore. La direzione scelta dal Ticino non fa scuola solo per il "modello del pubblico ministero" ma anche per quanto attiene alla formulazione dell'atto d'accusa, almeno per il suo contenuto essenziale. Ancora una volta, come si vedrà di seguito, le scelte del legislatore federale non si discostano molto dalle scelte adottate dal legislatore e dai Tribunali ticinesi.

2. Promozione dell'accusa

Il CPP dedica il Titolo sesto alla procedura preliminare. La promozione dell'accusa, trattata alla sezione 2 del Capitolo 4 (art. 324 e ss. CPP), costituisce esercizio dell'azione penale e si presenta in alternativa all'abbandono del procedimento². L'accusa giunge quindi quale corollario alla fase della procedura preliminare. Il deposito presso il Giudice competente dell'atto d'accusa con, se del caso, l'allegato e il rapporto finale³, rende pendente il procedimento dinanzi allo stesso dando avvio alla procedura dibattimentale di primo grado.

1 ovvero del formale rinvio a giudizio secondo la formulazione adottata dal codice di procedura penale ticinese

2 art. 319 e ss. del codice di procedura penale, versione del 5 ottobre 2007 (CPP)

3 cfr. punto 6.

L'accusa viene promossa attraverso la formulazione scritta dei capi di imputazione nell'atto d'accusa se in base alla procedura preliminare risultano sufficienti indizi di reato che rendono verosimile una condanna. In altre parole, e in estrema sintesi, l'atto d'accusa equivale alla comunicazione ufficiale, da parte dell'autorità competente, degli elementi di sospetto relativi alla realizzazione del reato.

2.1. Scopo dell'atto d'accusa

L'atto d'accusa, così come concepito nella nuova normativa, mantiene un duplice scopo, ovvero quello di definire l'oggetto del processo e quello di assicurare i diritti della difesa. Secondo il principio accusatorio, che ha rango costituzionale e discende dal principio del diritto di essere sentiti, il procedimento penale e la sentenza conclusiva possono fondarsi unicamente sui fatti indicati nell'atto d'accusa. Se da un lato occorre fissare, in ingresso e con tratti di principio immutabili, i temi del processo e della relativa sentenza, dall'altro è necessario porre l'accusato in condizione di conoscere in modo univoco l'imputazione che gli viene contestata così da garantirgli la facoltà di preparare in maniera corretta e compiuta la propria difesa. L'atto d'accusa assume quindi anche funzione informativa a favore dell'imputato. Il Tribunale federale ha di recente sottolineato, facendo riferimento alla giurisprudenza europea, come una informazione precisa e completa in ordine alle contestazioni rivolte all'imputato sia una condizione essenziale a tutela dell'equità della procedura⁴.

2.2. Forma dell'atto d'accusa

La redazione dell'atto d'accusa in un unico documento scritto per l'integralità del procedimento è certamente soluzione da favorire

rispetto alla stesura di più atti d'accusa nel medesimo procedimento⁵. La suddivisione in capitoli si impone anche a dipendenza del numero degli imputati rinviati a giudizio. Una forma verbale semplice per descrivere le circostanze di fatto attinenti al caso concreto e gli elementi costitutivi materiali relativi all'infrazione contestata, è il gerundio. Tale forma non coniugabile del verbo può conferire in proposizioni secondarie valori circostanziali utili all'esposizione, quali condizioni temporali, causali, modali, ipotetiche ecc.. Le precisazioni necessarie alla chiarezza dell'esposizione fattuale e alla loro comprensione, possono essere introdotte da formule generiche peculiari alla lingua ufficiale del procedimento.

La lingua utilizzata nel procedimento, e quindi anche nell'atto d'accusa, viene designata dalla Confederazione e dai Cantoni⁶. Se per i Cantoni il problema può essere di minore rilevanza, la questione della scelta linguistica solleva già oggi controversie nei procedimenti condotti dall'autorità federale. Non di rado tali procedimenti coinvolgono un gran numero di imputati che padroneggiano lingue diverse o diversi Cantoni con lingue nazionali differenti. In singoli procedimenti, alla scelta adottata dall'autorità federale è stato contrapposto, sia in corso di procedura sia a ridosso della formulazione dell'atto d'accusa⁷ e nel contesto di procedure ricorsuali, l'interesse divergente del singolo imputato. Non è però solo nel giudizio su ricorso che va trovata la soluzione della scelta linguistica nei casi controversi. Di certo della scelta della lingua del procedimento si fa carico *ab initio* il Ministero Pubblico che da avvio al procedimento penale. Ma non si tratta di potere discrezionale assoluto o di libero apprezzamento. Tale scelta va infatti adottata

⁴ cfr. decisione del Tribunale federale del 02.05.2008, 6B_215/2007

⁵ cfr. anche decisioni della Corte penale del Tribunale penale federale del 28 febbraio 2007, SK.2006.15 consid. 2 e del 21 giugno 2007, SK.2007.4 consid. 2

⁶ cfr. Art. 67 e ss. CPP

⁷ La problematica potrebbe comunque essere sollevata anche in apertura della fase dibattimentale

apprezzando in maniera prudente criteri oggettivi e soggettivi, ovvero tutte le circostanze che distinguono il caso concreto, nell'interesse di una soluzione equa per tutte le parti coinvolte. In tal senso la lingua dell'imputato così come il principio dell'economia procedurale possono assurgere a criteri di scelta determinanti. In ordine al tema della lingua occorre rilevare il diritto del partecipante al procedimento, che non comprende la lingua in cui si svolge il medesimo, ad ottenere traduzioni. Tale pretesa è regolata all'art. 68 CPP e non si estende a tutti gli atti della causa ma al contenuto essenziale degli atti procedurali più importanti. Fra questi, a giudizio del qui scrivente, va annoverato certamente l'atto d'accusa. La traduzione di questi atti non deve necessariamente avvenire per iscritto e può limitarsi ai soli passaggi rilevanti per la difesa. Occorre inoltre rilevare che, secondo la giurisprudenza del Tribunale penale di Bellinzona⁸ e del Tribunale federale⁹, dagli avvocati che esercitano la professione in Svizzera ci si aspetta la conoscenza almeno passiva delle lingue nazionali scritte. L'avvocato può essere chiamato quindi a spiegare oralmente al proprio cliente gli atti di un procedimento che possono avere influenza sulle scelte della linea difensiva. Di regola la scelta della lingua del procedimento va mantenuta fino alla chiusura del procedimento che viene considerato tale con l'emanazione di una decisione esecutiva. Tale scelta può essere rivista per giusti motivi come tutte le decisioni procedurali adottate nel corso del procedimento, su iniziativa delle parti o in forza di un giudizio reso dall'autorità competente in caso di controversia.

2.3. Contenuto dell'atto d'accusa

L'atto d'accusa deve essere sintetico e limitato all'essenziale¹⁰. L'assunto sembra estrema-

mente chiaro e lapidario. In realtà l'insieme delle disposizioni legali dedicate al contenuto dell'atto d'accusa non traccia con solennità e concisione la tematica. Sembra piuttosto che il legislatore abbia voluto elasticizzare i margini di manovra entro i quali all'estensore dell'atto viene concessa facoltà di elaborare la singola promozione dell'accusa.

2.3.1. Circostanze di fatto e fattispecie penali ritenute adempiute

Per quanto attiene all'indicazione delle circostanze di fatto e alle fattispecie penali ritenute adempiute non può esservi transigenza per cui la necessità di sintesi e di essenzialità deve essere rigorosamente rispettata. Il principio accusatorio impone infatti che l'accusa espliciti, in modo quanto possibile succinto ma preciso, tutte le circostanze importanti, ovvero i fatti contestati all'imputato, specificando dove, quando e come sono stati commessi. L'atto d'accusa deve fare stato dell'azione o dell'omissione punibile, con cenno alle circostanze di tempo e di luogo in cui essa è stata commessa e a quelle che influiscono sulla qualifica legale secondo prassi e dottrina. Le eventuali circostanze aggravanti devono essere descritte in maniera dettagliata qualora poggino su circostanze di fatto specifiche per rapporto all'infrazione base. Il dibattimento deve quindi vertere anche su di esse sempre in virtù del principio accusatorio.

L'accusa deve inoltre indicare le fattispecie penali ritenute adempiute, con menzione delle disposizioni di legge applicabili. È essenziale rendere una descrizione dinamica del reato, menzionando in maniera esplicita tutti gli elementi oggettivi e soggettivi relativi alla fattispecie penale che il Ministero Pubblico ritiene realizzata. Se l'accusa verte su forme partico-

8 cfr. Decisioni del Tribunale penale federale del 9.11.2004, BK_B 153/04, consid. 2.4 e del 21 settembre 2005, BB.2005.76, consid. 4.2

9 cfr. Sentenze del Tribunale federale 1A.235/2003 del 8 gennaio 2004 consid. 1, 4P.154/2002 del 17 settembre 2002

10 cfr. Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale, versione in italiano del 21 dicembre 2005, pag. 1178 e ss.

lari di responsabilità penale come il tentativo, la correttezza o la partecipazione, risulta necessario indicare quali imputati le abbiano realizzate e in che modo.

In altre parole l'individualizzazione puntuale delle condotte penalmente rilevanti è indispensabile, anche nei casi di partecipazione al reato. Ridondanze descrittive sono una conseguenza inevitabile di tale esigenza e possono portare conseguenze sulla scorrettezza della lettura del testo che può essere reso più o meno pesante nel contenuto.

2.3.2. Altre indicazioni e richieste

Se da un lato la nuova normativa sancisce il principio secondo il quale l'atto d'accusa deve essere limitato all'essenziale, dall'altro il tenore dell'art. 326 CPP lascia spazio all'estensione del suo contenuto a tutta una serie di indicazioni e richieste. Affinché il Giudice e le parti acquisiscano subito gli elementi essenziali della causa senza dover procedere a lunghe ricerche all'interno degli atti, a volte voluminosi, per poter preparare il dibattimento e la sentenza, il codice di procedura penale prevede quindi la possibilità di fornire ulteriori indicazioni al Giudice e di sottometergli delle richieste. In particolare il Ministero Pubblico può fornire al Giudice le seguenti indicazioni e formulare le seguenti richieste già nell'atto d'accusa ovvero a sostegno dell'intelligibilità e della comprensione dei fatti contestati nello stesso:

- la presenza di un accusatore privato e le sue eventuali pretese civili;
- i provvedimenti coercitivi ordinati;
- gli oggetti e i valori patrimoniali sequestrati;
- le spese d'istruzione sostenute;
- l'eventuale istanza di carcerazione di sicurezza;
- le proposte di sanzione o l'annuncio che tali proposte saranno presentate in sede di dibattimento;

- le proposte per decisioni giudiziarie successive;
- la richiesta di essere convocato al dibattimento.

Questa disposizione di legge lascia quindi aperta la possibilità di indicare nell'atto d'accusa anche le proposte di sanzione.

A giudizio del qui scrivente i contenuti della disposizione di legge in rassegna non solo sono contraddittori ma confondono.

Il contenuto essenziale dell'atto d'accusa, ovvero la formulazione concisa e stringata dei capi d'accusa, può infatti patire proprio in criteri di chiarezza e di sintesi (si pensi a procedimenti voluminosi e di grande spessore) di fronte alla menzione di lunghe liste attestanti ad esempio i provvedimenti coercitivi ordinati o gli oggetti e i valori patrimoniali sequestrati.

Alcune considerazioni si impongono anche in ordine alla facoltà di esplicitare una proposta di pena. Se da un lato il legislatore non vuole che l'atto d'accusa contenga riferimenti alle prove raccolte, anche a motivo del fatto che lo stesso non è destinato a corroborare le ipotesi accusatorie, dall'altro consente la formulazione della proposta di pena che può risultare indicazione ancor più incisiva a favore delle tesi accusatorie. Posto che all'accusato non viene concessa analoga facoltà, si potrebbe insinuare nel caso concreto uno sbilanciamento di forze. Inoltre la menzione della proposta di pena, può sminuire l'importanza della fase dibattimentale (o comunque influenzarne lo svolgimento), la quale è pur contraddistinta da una procedura probatoria che deve rimanere nel limite del possibile libera da particolari influenze. Sorge inoltre la questione volta a sapere in quali casi e a fronte di quali considerazioni il Ministero Pubblico, rispettivamente prassi e dottrina, opteranno per la formulazio-

ne di proposte di sanzione già nella promozione dell'accusa o piuttosto per la presentazione di tali proposte in sede di dibattimento, ritenuto che nel primo caso si potrebbero anche creare fastidiosi vincoli alle conclusioni di arringa.

Una soluzione che sancisse l'estraneità formale per l'atto d'accusa o per suoi complementi, con conseguente assegnazione del primato alla successiva fase dibattimentale, per proposte e conclusioni in ordine a genere, quantificazione della pena o misure così come ogni altra proposta e conclusione in ordine al grado di colpevolezza dell'accusato (scemata imputabilità, circostanze attenuanti) così come le altre misure¹¹ (interdizione dell'esercizio di una professione, divieto di condurre, pubblicazione della sentenza, confisca, assegnamenti al danneggiato), oltre che trovare il consenso del qui scrivente, appare scelta certamente più orientata.

2.3.3. Elementi estranei all'atto d'accusa

Passati in rassegna i tratti del contenuto essenziale dell'atto d'accusa, vi sono indicazioni che non possono far parte dello stesso, eccone una selezione.

Richiamando l'obbligo di sintesi e del limite dell'essenzialità, risulta ovvio che vanno omesse, nella formulazione dei capi d'accusa, le affermazioni o le descrizioni non necessarie per avvalorare la realizzazione della fattispecie.

L'atto d'accusa non può nemmeno contemplare e accogliere, sotto il profilo materiale, apprezzamenti relativi a prove o affermazioni a sostegno della tesi accusatoria o riguardanti la colpevolezza o aspetti giuridici, temi questi che sono oggetto della successiva fase dibattimentale. L'atto d'accusa non è infatti finalizzato a giustificare o comprovare in qualsivoglia

modo le affermazioni e tesi accusatorie avanzate dal Ministero Pubblico. La decisione in merito alla pertinenza e alla fondatezza delle affermazioni e tesi contenute nell'atto d'accusa va presa nel quadro della procedura dibattimentale in base all'insieme delle prove ivi prodotte, agli atti e mezzi di prova acquisiti nelle fasi procedurali che precedono il dibattimento e alla discussione sostenuta dalle parti.

L'indicazione secondo la quale l'accusato è stato posto in detenzione preventiva durante la fase istruttoria, ma non lo è più al momento dell'invio dell'atto d'accusa, e quindi la durata del carcere preventivo sofferto sono precisazioni utili per meglio apprezzare le prove raccolte e per comprendere il clima relativo alla fase istruttoria che, evidentemente, risultava minacciata da un concreto pericolo di collusione e/o di fuga. Il dato temporale relativo al carcere preventivo sofferto è quindi un dato oggettivo che ha influenzato la fase istruttoria, che deve essere apprezzato nel giudizio di merito, ma che può rimanere, a giudizio del qui scrivente, estraneo al contenuto dell'atto d'accusa.

L'atto d'accusa non deve pronunciarsi sulla competenza del Giudice adito o su altri presupposti processuali che devono per contro essere vagliati d'ufficio¹². Nemmeno è necessario fare menzione nell'atto d'accusa di eventuali accordi intervenuti in corso di procedimento fra Confederazione e Cantoni in tema di competenza giurisdizionale.

Per quanto attiene alle prove da assumere durante il dibattimento si osserva che, secondo la nuova normativa, chi dirige il procedimento nella procedura dibattimentale si determina in merito e comunica la propria decisione alle parti alle quali è data facoltà di presentare, entro un termine, istanza probatoria motivata¹³.

11 ai sensi degli art. 66 e ss. CP

12 cfr. la Sentenza del Tribunale federale dell'11 giugno 2007 (6S.528/2006)

13 art. 331 CPP

Qualora le istanze probatorie venissero respinte, attraverso una decisione formale non impugnabile, le richieste potrebbero essere riproposte in sede dibattimentale¹⁴. In sostanza l'invocazione, da parte delle parti (e di conseguenza anche da parte del Ministero Pubblico), delle prove che dovranno essere assunte nel dibattimento, è onere successivo alla fase della promozione dell'accusa. Anche tale invocazione è quindi indicazione estranea al contenuto dell'atto d'accusa.

2.3.4. Rinvio esplicito a parti del dossier?

Il rinvio esplicito a parti del dossier, ovvero la menzione delle coordinate sulle quali il Ministero Pubblico fonda le sue allegazioni (ad esempio attraverso note a piè di pagina relative ai fatti esposti) può facilitare il compito delle parti e del Giudice in particolar modo nei procedimenti complessi, ma contiene il rischio di una presentazione selettiva - e in quanta tale riduttiva - di mezzi di prova che può rendere più o meno pesante l'atto di accusa e/o può comunque esercitare influenza sulla percezione della fattispecie da parte del Giudice adito. Chi scrive ritiene che questi rinvii debbano rimanere estranei al contenuto dell'atto d'accusa. Questa impostazione viene sostenuta anche nel Messaggio¹⁵. Una esposizione che abbinati ai fatti i mezzi di prova raccolti è prevista espressamente nel rapporto finale e solo nei casi in cui il Ministero pubblico non sostenga personalmente l'accusa¹⁶.

2.4. Casi particolari: atto d'accusa subordinato e atto d'accusa alternativo

Qualora, nonostante si sia fatto capo a tutte

le informazioni a disposizione, risulti impossibile chiarire in maniera non equivoca i fatti posti alla base dell'ipotesi accusatoria ma risulta evidente che è stato commesso un reato e che l'imputato, in tutte le eventualità prese in rassegna, si sia reso colpevole, l'accusa può essere formulata attraverso una tesi principale e una subordinata o in forma alternativa¹⁷.

Il caso si può presentare qualora il Ministero Pubblico nutra dubbi sulla qualifica giuridica dei fatti. È consentito, a titolo di esempio, presentare un atto d'accusa subordinato, che, nei casi in cui l'accusa principale venga respinta, poggia su diversa imputazione. Appare peraltro escluso, per evidenti ragioni, che si possa formulare un atto d'accusa alternativo contro persone diverse.

Questa scelta procedurale deve essere chiara e non equivoca. Si ritiene che il deposito in giudizio di un ulteriore coevo documento, distinto e separato dall'atto di accusa principale o alternativo, è in grado di evitare ogni confusione.

2.5. Modifica e estensione dell'atto d'accusa ad altri reati

Secondo il principio accusatorio, che assegna carattere vincolante all'accusa, la rettifica dell'accusa nel corso del dibattimento, per convincimento del Ministero Pubblico¹⁸ o del Giudice¹⁹, è possibile alla condizione che il fatto sia oggetto del dibattimento.

L'opportunità di modificare l'accusa viene concessa al Ministero Pubblico dal Giudice

14 art. 331 cpv. 3 CPP

15 cfr. Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale, versione in italiano del 21 dicembre 2005, pag. 1179

16 cfr. punto 6.

17 "Una tale possibilità si apre ad esempio quando un testimone ha rilasciato dichiarazioni contraddittorie in due interrogatori distinti. Una delle due deposizioni deve per forza essere falsa, ma non è possibile accertare quale. Un'altra situazione classica è quella dell'imputato che, alla luce della situazione probatoria, può essersi procurato un oggetto soltanto con il furto o con la ricettazione, senza che sia tuttavia possibile accertare quale di queste fattispecie sia realizzata" (cfr. Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale, versione in italiano del 21 dicembre 2005, pag. 1179)

18 art. 333 CPP

19 art. 344 e 350 CPP

adito se lo stesso ritiene che i fatti descritti nell'atto d'accusa possano realizzare un'altra fattispecie penale rispetto a quella indicata, senza però che lo stesso soddisfi i requisiti imposti dalla legge.

Secondo il principio dell'economia processuale, l'estensione dell'accusa può inoltre essere concessa dal Giudice se durante la procedura dibattimentale si viene a conoscenza di altri reati realizzati dall'imputato.

Il codice di procedura penale prevede delle riserve che impongono, in alternativa, l'avvio di una procedura preliminare. Si tratta in particolare di casi in cui l'estensione avesse quale conseguenza quella di rendere il procedimento oltremodo complicato, o se a seguito dell'estensione derivasse una diversa competenza giurisdizionale o in casi di correatità o di partecipazione. Inoltre il Giudice può fondare la sua sentenza su un'accusa modificata o estesa soltanto se sono stati salvaguardati i diritti di parte dell'imputato e dell'accusatore privato. Al fine di tale salvaguardia, la nuova normativa prevede che il dibattimento, se necessario, può essere interrotto²⁰.

2.6. Complementi all'atto d'accusa²¹

2.6.1. Altre indicazioni e richieste

Secondo il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 326 CPP al Ministero Pubblico viene concessa anche la facoltà di far capo ad un documento esterno all'atto d'accusa al fine di riassumere gli elementi essenziali della causa²². Attraverso le ulteriori indicazioni di cui a tale disposizione legale, si può intravedere un contributo volto ad una migliore comprensione dei fatti contestati nell'atto d'accusa.

L'utilizzo di questo strumento è quindi da favorire quantomeno laddove alcune indicazioni trovino migliore collocazione in un documento esterno all'atto d'accusa piuttosto che all'interno dello stesso, si pensi ad esempio all'indicazione relativa al carcere preventivo sofferto.

2.6.2. Rapporto finale

È riconosciuta al Ministero Pubblico dal codice di procedura penale la facoltà di allegare all'atto d'accusa un rapporto finale attraverso il quale egli espone i fatti e fornisce precisazioni in merito all'apprezzamento delle prove. Tale rapporto consente al Giudice, ma anche alle parti, di farsi rapidamente un'idea sui fatti contestati all'imputato e sugli atti procedurali compiuti sino all'invio dell'atto d'accusa.

Per evitare tuttavia che il Ministero Pubblico possa pronunciare una sorta di requisitoria anticipata, tale possibilità viene limitata *ex lege* ai casi in cui lo stesso non sostiene personalmente l'accusa in giudizio²³.

2.7. Notificazione dell'atto d'accusa

Visto che il rinvio a giudizio è di esclusiva spettanza del Ministero Pubblico, è pure compito di quest'ultimo notificare l'atto d'accusa, non appena sia stato stilato.

Il codice di procedura penale²⁴ impone al Ministero Pubblico la notifica dell'atto d'accusa senza indugio all'imputato se il suo luogo di soggiorno è noto, all'accusatore privato, alla vittima, al Giudice competente unitamente agli atti e agli oggetti e valori patrimoniali sequestrati. Se il Ministero Pubblico chiede che sia disposta la carcerazione di sicurezza, l'atto d'accusa va notificato in copia, unitamente alla

20 art. 333 cpv. 4 CPP

21 art. 326 CPP; cfr. anche punto 2.3.2.

22 cfr. Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale, versione in italiano del 21 dicembre 2005, pag. 1180 che menziona esplicitamente l'utilizzo a seconda dell'informazione da trasmettere di elenchi o moduli prestampati

23 art. 326 cpv. 2 CPP

24 art. 327 CPP

sua richiesta, anche al Giudice dei provvedimenti coercitivi.

La menzione della notificazione dell'atto d'accusa non fa parte del contenuto formale dell'atto d'accusa, ma ne è comunque una conseguenza. Anche una lettera d'accompagnamento destinata separatamente alle parti e al Giudice competente può assolvere, a giudizio del qui scrivente, la necessità di comprovare l'avvenuta notificazione.

La notificazione dell'atto d'accusa in Svizzera deve avvenire per mezzo della Posta svizzera nella forma prescritta per la consegna di atti giudiziari²⁵. Essa può anche essere intimata per mezzo di un usciere o della polizia contro ricevuta, specialmente quando la persona citata non possa essere raggiunta per Posta svizzera²⁶.

La notificazione dell'atto d'accusa verso un destinatario con domicilio, dimora abituale o sede all'estero avviene presso il recapito svizzero designato o presso il patrocinatore in Svizzera²⁷. Qualora il destinatario non abbia designato un recapito svizzero o non abbia un patrocinatore in Svizzera, la notificazione è fatta mediante pubblicazione nel Foglio federale²⁸. In questo caso la notificazione è considerata avvenuta il giorno della pubblicazione.

La notificazione mediante pubblicazione nel Foglio federale avviene anche se il luogo di soggiorno del destinatario è ignoto e non può essere individuato nemmeno con debite, ragionevoli ricerche o se la notificazione è impossibile o dovesse comportare complicazioni straordinarie²⁹.

Vi sono tuttavia accordi internazionali in materia penale sottoscritti con alcuni Stati esteri, ad esempio con l'Italia³⁰, con la Francia³¹ e con la Germania³², che prevedono la notificazione diretta, al destinatario che si trova sul territorio dell'altro Stato, di atti processuali e provvedimenti giudiziari in materia penale. In questi casi non è necessaria la pubblicazione sul Foglio federale.

2.8. Impugnabilità dell'atto d'accusa

Il codice di procedura penale stabilisce espressamente la non impugnabilità della promozione dell'accusa³³. Ciò significa che viene istituita, di fatto e a favore del Ministero Pubblico, una competenza decisionale con carattere esclusivo mitigata dal solo esame, sommario ma anche di merito, di cui viene incaricato chi dirige il procedimento³⁴. In altre parole è stata scelta una soluzione che favorisce il controllo sommario della promozione dell'accusa da parte del Giudice investito della

25 cfr. art. 85 CPP che prevede la forma scritta e l'invio raccomandato preso in consegna dal destinatario oppure da un suo impiegato o da una persona che vive nella stessa economia domestica avente almeno sedici anni. L'invio postale raccomandato non ritirato è considerato avvenuto con il trascorrere di sette giorni dal tentativo di consegna infruttuoso, sempre che il destinatario dovesse aspettarsi una notificazione.

26 cfr. art. 85 CPP

27 art. 87 CPP

28 art. 88 CPP

29 cfr. Art. 88 cpv. 1 lett. a e b. CPP

30 È previsto l'invio diretto per via postale, art. 7 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (RS 0.351.1) e art. XII dell'accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione (RS 0.351.945.41)

31 È previsto l'invio diretto per via postale, art. 7 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (RS 0.351.1) e art. X dell'accordo tra il Consiglio federale svizzero e il Governo della Repubblica francese che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (RS 0.351.934.92)

32 È previsto l'invio diretto per via postale, art. 7 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (RS 0.351.1) e art. IIIA dell'accordo tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica federale di Germania che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione (RS 0.351.913.61)

33 art. 324 cpv. 2 CPP

34 cfr. punto 11.

causa e che abbandona il controllo della stessa da parte di un Giudice nel contesto di un procedimento ricorsuale. Questa scelta trova giustificazione nella volontà di favorire lo snellimento della fase predibattimentale.

2.9. Esame dell'atto d'accusa da parte del Giudice adito³⁵

In assenza di mezzi di impugnazione contro la promozione dell'accusa, la nuova normativa prevede espressamente l'esame dell'accusa da parte di chi dirige il procedimento. Quest'ultimo pone quindi in essere un primo esame volto alla verifica della presenza delle condizioni formali menzionate all'art. 325 CPP (allestimento regolare dell'atto d'accusa e del fascicolo) e anche una sommaria verifica di merito, in particolare in ordine all'adempimento dei presupposti processuali e all'assenza di impedimenti a procedere. La verifica della presenza dei "presupposti processuali" positivi è volta a chiarire fondamentalmente "se il comportamento contestato all'imputato è punibile penalmente e se sussistono sufficienti indizi a sostegno dell'accusa"³⁶ e la competenza del Giudice adito. Per quanto concerne i presupposti processuali negativi si possono menzionare a titolo di esempio la sopravvenienza della prescrizione, la morte dell'accusato o l'incapacità dibattimentale dello stesso per motivi psicofisici e il principio del *ne bis in idem*. Occorre sottolineare che l'esame dell'atto d'accusa secondo i criteri summenzionati ovvero senza la partecipazione delle parti, non è legato ad una procedura formale che si conclude con una decisione di ammissibilità. Il Giudice e le parti hanno comunque facoltà di sollevare questioni pregiudiziali ed incidentali nelle fasi successive della procedura³⁷. Qualora risulti che non può essere pronunciata una sentenza, il

Giudice sospende il procedimento e, se necessario, rinvia l'accusa al Ministero Pubblico affinché la completi o la rettifichi³⁸. La sospensione ha luogo nel caso in cui le lacune dell'atto d'accusa siano sanabili o l'assenza dei presupposti processuali positivi o la presenza dei presupposti processuali negativi, sia solo temporanea. Il Giudice abbandona il procedimento qualora ritenga in maniera definitiva che non possa essere pronunciata una sentenza. L'abbandono che riguarda solo singoli capi d'accusa può essere pronunciato con la sentenza di merito.

35 art. 329 CPP

36 cfr. Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale, versione in italiano del 21 dicembre 2005, pag. 1181

37 cfr. art. 339 CPP

38 art. 329 cpv. 2 CPP; cfr. anche la decisione del Tribunale federale del 02.05.2008, 6B_215/2007 e DTF 133 IV 93 in margine all'art. 126 della Procedura penale federale

LA GIURISDIZIONE DI RECLAMO NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE (CPP)

Mauro Mini, Presidente della Camera dei ricorsi penali del Tribunale di Appello

1. Introduzione e diritto intertemporale

1. (*entrata in vigore*) L'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale federale (CPP), inizialmente prevista per il 1.1.2010, è stata posticipata di un anno, al 1.1.2011. Ritenuta la simultanea entrata in vigore del codice di procedura civile, questa data rappresenterà certamente un importante stravolgimento del diritto processuale, al quale conviene prepararsi per tempo.
2. (*diritto intertemporale*) Oltre che ai nuovi procedimenti (successivi alla sua entrata in vigore), il CPP si applicherà di principio anche ai procedimenti pendenti a quel momento (art. 448 cpv. 1 CPP), ritenuto comunque che gli atti procedurali eseguiti o disposti in precedenza mantengono la loro validità (art. 448 cpv. 2 CPP). I ricorsi contro decisioni emanate prima dell'entrata in vigore del CPP saranno giudicati secondo il diritto anteriore dalle autorità competenti in virtù di tale diritto (art. 453 cpv. 1 CPP).
3. (*piano*) Con il presente breve testo si intende presentare quelle che sono le competenze della giurisdizione di reclamo previste dal CPP, in base ad una prima

ricognizione, con riserva di precisare ulteriormente la specifiche competenza rispetto a singoli atti o decisioni.

Preliminarmente vengono brevemente esposti gli orientamenti organizzativi per la ricezione del CPP, così come emersi nel Gruppo di lavoro istituito dal Dipartimento di giustizia e che ha consegnato un "Rapporto sugli adeguamenti legislativi necessari a seguito dell'introduzione della nuova procedura penale federale" (Rapporto). In altra occasione saranno presentate le norme procedurali relative alla giurisdizione di reclamo.

2. Organizzazione

4. (*coordinate*) La giurisdizione di reclamo, menzionata all'art. 13 lit. c CPP, deve essere unica per ogni Cantone (art. 14 cpv. 4 CPP a contrario). Organizzativamente le sue mansioni potrebbero essere attribuite anche al Tribunale d'appello penale (art. 20 cpv. 3 CPP): in tal caso i giudici che hanno operato in veste di membri della giurisdizione di reclamo non potranno poi fungere da membri del Tribunale d'appello nella medesima causa (art. 21 cpv. 2 CPP). Compete ai Cantoni determinare le proprie autorità penali e la loro denominazione (art. 14 cpv. 1 CPP): ne disciplinano la nomina, la composizione, l'organizzazione e le attribuzioni in quanto non stabilite dal CPP (art. 14 cpv. 2 CPP).
5. (*proposte*) Il Gruppo di lavoro ticinese ha proposto di distinguere le due giurisdizioni superiori cantonali (reclamo e appello), mantenendo quindi una separazione istituzionale tra giudice del merito e giudice della procedura. Il Gruppo propone di istituire una Corte cantonale dei reclami penali

(CCRP), in sostituzione dell'attuale Camera dei ricorsi penali (CRP), ed una Corte d'appello (CdA) in sostituzione della Corte di cassazione e di revisione penale, istituite presso il Tribunale d'appello. Entrambe saranno composte da tre giudici: per le supplenze si farà ricorso agli altri giudici della medesima sezione (quella pubblica per la CCRP, quella privata per la CdA).

6. (*organico*) Dal punto di vista operativo, il Gruppo di lavoro ha previsto un potenziamento del Tribunale d'appello, con l'attribuzione di due giudici supplementari per la CdA, di modo che saranno tre che si occuperanno principalmente dell'evasione dei ricorsi: per la CCRP non è previsto un aumento dei giudici (tre, ma uno solo che si occupa principalmente dei reclami, mentre gli altri due saranno principalmente operativi in un'altro Tribunale o Camera), ma un aumento di due vicecancellieri. Logisticamente non è ancora stata trovata una soluzione adeguata per le due Corti.

3. Competenze della CCRP

7. (*tipi di competenze*) Le competenze della CCRP possono essere suddivise tra *competenze* principali (stabilite dall'art. 20 cpv. 1 CPP e ribadite all'art. 393 cpv. 1 CPP) e le altre competenze sporadiche, consacrate da singole disposizioni.

3.1 Competenze principali

8. (*criteri*) Gli art. 20 cpv. 1 e 393 cpv. 1 CPP determinano le competenze principali,

indicando sia quali sono gli atti impugnabili, sia quali sono le autorità che li emanano.

9. (*atti impugnabili*) Sono impugnabili con reclamo alla CCRP gli atti procedurali e le decisioni non appellabili (art. 20 cpv. 1 CPP).

10. (*atti procedurali*) Atti procedurali possono emanare dalla polizia, dal pubblico ministero, dalle autorità penali delle contravvenzioni e dai tribunali di primo grado, come si evince dall'art. 393 cpv. 1 CPP.

In base alle indicazioni del Messaggio¹ sono atti procedurali l'arresto provvisorio, il sequestro, le perquisizioni domiciliari, i provvedimenti coercitivi. Sono atti procedurali anche le omissioni, segnatamente il diniego di giustizia.

Gli atti procedurali sono di principio censurabili, salvo che il CPP ne escluda l'impugnazione.

11. (*decisioni*) Sono decisioni ai sensi del CPP quelle emanate da un'autorità concernenti una questione di diritto materiale o formale².

Le decisioni possono emanare sia dalla polizia, sia dal pubblico ministero, sia dalle autorità penali delle contravvenzioni (art. 393 cpv. 1 lit. a CPP), sia dai tribunali di primo grado. È però escluso il reclamo contro le decisioni dei tribunali di primo grado appellabili o ordinarie (art. 393 cpv. cpv. 1 lit. b in fine CPP).

Sono appellabili (quindi non soggette a reclamo), con riferimento all'art. 21 cpv. 1 CPP, le sentenze³ (di condanna o di assoluzione) dei tribunali di primo grado.

1 Messaggio n. 05.092 del Consiglio federale del 21.12.2005, pubblicato in FF 2006 p. 989 e segg; p. 1214.

2 Messaggio p. 1064. Le decisioni si suddividono poi in sentenze (relative al diritto materiale, ed in particolare al merito della causa), o in ordinanze e decreti (le altre decisioni, a dipendenza se prolate da un collegio o da un'autorità monocratica).

3 Con riferimento all'art. 80 cpv. 1 CPP, rivestono la forma della sentenza le decisioni di merito su questioni penali e civili.

Sono per contro impugnabili con reclamo sia i decreti, sia le ordinanze⁴ dei tribunali di primo grado (art. 393 cpv. 1 lit. b CPP). Il Messaggio indica quali esempi i provvedimenti coercitivi o le decisioni finali pronunciate nella procedura indipendente in materia di misure (art. 372 segg. CPP), ovvero in materia di cauzione preventiva (art. 373 cpv. 1 CPP) e di procedimento di confisca indipendente (art. 377 cpv. 3 CPP).

Sono decisioni ordinatorie, non impugnabili con reclamo, le ordinanze o le decisioni distinte prese dai tribunali di primo grado nel corso del dibattimento per dirigere la procedura (in tedesco “*verfahrensleitender Entscheide*”, in francese “*direction de la procedure*”). Come chiarito dal Messaggio⁵, questa limitazione è intesa ad evitare che il dibattimento sia interrotto dall’impugnazione separata di decisioni ordinatorie: gli eventuali vizi di tali decisioni incidentali possono tuttavia essere censurati impugnando la decisione finale, sempre che abbiano incisa su quest’ultima.

12. (*autorità*) Gli atti procedurali e le decisioni impugnabili con reclamo sono quelli emanati dai tribunali di primo grado (art. 20 cpv. 1 lit. a CPP), dalla polizia, dal pubblico ministero e dalle autorità penali delle contravvenzioni (art. 20 cpv. 1 lit. b CPP), così come quelle emanate dal giudice dei provvedimenti coercitivi, per quest’ultimo solo nei casi previsti dal CPP (art. 20 cpv. 1 lit. c CPP).
13. (*competenza generale*) Combinando i due criteri (atti impugnabili e autorità), si può

distinguere tra una competenza generale e delle competenze limitate.

La competenza generale della CCRP è data di principio per le decisioni e gli atti procedurali della polizia, del pubblico ministero e delle autorità penali delle contravvenzioni, salvo che il reclamo non sia espressamente escluso.

14. (*competenze limitate*) Sono date due diverse competenze limitate della CCRP:
- rispetto ai tribunali di primo grado, è dato reclamo solo contro i decreti e ordinanze⁶, escluse le sentenze (appellabili, art. 20 cpv. 1 CPP) e le decisioni ordinarie (art. 393 cpv. 1 lit. b CPP);
 - rispetto ai giudici dei provvedimenti coercitivi, è data una competenza enumerativa, ovvero il reclamo solo se espressamente previsto da una disposizione del CPP.

3.1.1. Competenza generale

15. (*osservazioni*) La competenza generale attribuita alla CCRP richiede alcune precisazioni, in particolare con riferimento alla nostra attuale procedura cantonale.

Primo: la competenza di sorveglianza sugli atti procedurali è attribuita dall’attuale CPP TI al Giudice dell’istruzione e dell’arresto (Giar): il nuovo CPP ha attribuito questa competenza alla giurisdizione di reclamo e non al giudice dei provvedimenti coercitivi⁷.

Secondo: il CPP permetterà di impugnare con reclamo non solo gli atti procedurali e

⁴ Per l’art. 80 cpv. 1 CPP, le decisioni non di merito rivestono la forma dell’ordinanza se pronunciate da un’autorità collegiale, rivestono la forma del decreto se pronunciate da un’autorità monocratica.

⁵ Messaggio p. 1214.

⁶ L’art. 80 cpv. 1 CPP distingue tra decisioni di merito e altre decisioni. Le prime rivestono la forma delle sentenze. Le seconde rivestono la forma dell’ordinanza (se pronunciate da un’autorità collegiale) o del decreto (se pronunciate da un’autorità monocratica).

⁷ L’avamprogetto attribuiva al giudice dei provvedimenti coercitivi un’estesa funzione di controllo: gli competeva di giudicare i reclami contro gli atti procedurali e le decisioni della polizia, del pubblico ministero e delle autorità penali delle contravvenzioni. Come indicato nel Messaggio (in particolare p. 1044), il chiaro dissenso emerso nella procedura di consultazione ha comportato il trasferimento di detta competenza alla nuova giurisdizione di reclamo.

le decisioni del Ministero pubblico, ma anche quelli della polizia, che è riconosciuta quale autorità di perseguimento penale (art. 12 lit. a ed art. 15 CPP).

Terzo: una serie di decisioni del pubblico ministero sono dichiarate non impugnabili. Ad esempio non possono essere impugnate con reclamo le decisioni del ministero pubblico o delle autorità penali delle contravvenzioni di reiezione di istanze probatorie che possono essere riproposte senza pregiudizio giuridico dinanzi al tribunale di primo grado (art. 394 lit. b e art. cpv. 3 CPP).

16. (*destino del procedimento*) Tra le decisioni del pubblico ministero che possono essere impugnate alla CRRP, ci sono le decisioni sul destino del procedimento penale, in particolare le decisioni di non luogo a procedere, di sospensione dell'istruzione, e di abbandono. Per distinguere le differenti decisioni occorre spendere alcune parole sulle diverse fasi del procedimento penale.
17. (*procedimento preliminare*) Il procedimento preliminare (art. 299 e segg. CPP) consta dell'eventuale procedura investigativa della polizia e dell'istruzione da parte del pubblico ministero (art. 299 cpv. 1 CPP)⁸. L'avvio di un procedimento preliminare non è impugnabile, salvo che l'imputato invochi una violazione del divieto di un secondo procedimento (art. 300 cpv. 2 CPP, con riferimento all'art. 11 CPP).
18. (*non luogo a procedere*) Se il pubblico ministero, ricevuto un rapporto di polizia, una denuncia o una querela, costata che (i) non sono adempiuti gli elementi costitutivi di reato o i presupposti processuali, che (ii) vi sono impedimenti a procedere o che (iii) si giustifica di rinunciare all'azione penale (con riferimento all'art. 8 CPP), emana immediatamente un decreto di non luogo a procedere (art. 310 cpv. 1 CPP) e rinuncia ad aprire l'istruzione (art. 309 cpv. 4 CPP)⁹. La decisione di non luogo a procedere è impugnabile alla CCRP per effetto del rinvio dell'art. 310 cpv. 2 CPP alle disposizioni sull'abbandono del procedimento.
19. (*apertura istruzione*) Se emergono sufficienti indizi di reato¹⁰, se il pubblico ministero dispone provvedimenti coercitivi o se riceve un'informativa della polizia (art. 307 cpv. 1 CPP) apre l'istruzione (art. 309 cpv. 1 CPP) mediante un decreto¹¹, come tale non impugnabile (art. 309 cpv. 3 CPP). La procedura preliminare, e in particolare l'istruzione sono finalizzate al compimento di accertamenti per determinare se nei confronti dell'imputato debba essere emesso un decreto d'accusa, una promozione dell'accusa¹² o un decreto d'abbandono.
20. (*sospensione*) Dopo aver aperto l'istruzione, il pubblico ministero può decidere di sospendere la stessa, non prima di aver raccolto le prove che rischiano di andare perdute (art. 314 cpv. 4 CPP).

8 Come ricorda il Messaggio (p. 1161) il modello di perseguimento penale scelto per il CPP è caratterizzato dall'unità della procedura preliminare: la procedura investigativa della polizia e l'istruzione da parte del pubblico ministero sono infatti considerati un tutt'uno.

9 Come indica il Messaggio del CF (p. 1168), il decreto di non luogo a procedere è emesso senza che il pubblico ministero abbia proceduto ad atti istruttori veri e propri: se vi ha invece proceduto, occorre emettere un decreto di abbandono.

10 Analogamente a quanto previsto dall'attuale art. 184 cpv. 1 CPP TI.

11 Rispetto all'attuale CPP TI, non c'è più una decisione di promozione dell'accusa (art. 188 CPP TI) mediante la quale il procedimento passa dalla fase delle informazioni preliminari a quella dell'istruzione. Come annotano Edy Meli/John Nosedà (il nuovo codice di diritto processuale penale svizzero, CFPG 2008 p. 5), il CPP riduce sostanzialmente le informazioni preliminari anticipando la fase istruttoria e le garanzie procedurali che ne derivano.

12 La promozione dell'accusa del CPP (art. 324 e segg.) non va confusa con quella del CPP TI: si tratta della decisione con la quale il pubblico ministero promuove l'accusa dinanzi al giudice del merito competente, mediante l'atto d'accusa.

La sospensione è possibile se l'autore o il suo luogo di soggiorno non siano noti¹³, se sono temporaneamente dati altri impedimenti a procedere, se l'esito del procedimento dipende da un altro procedimento di cui appare opportuno attendere l'esito, se è aperta una procedura di conciliazione ed appare opportuno attenderne l'esito¹⁴, oppure se una decisione del merito dipende dall'evolversi delle conseguenze del reato (art. 314 cpv. 1 CPP).

La decisione di sospensione, intimata all'imputato, all'accusatore privato e alla vittima, è impugnabile alla CCRP, per effetto del rinvio dell'art. 314 cpv. 5 CPP alle norme sull'abbandono del procedimento.

21. (*abbandono*) Alla fine dell'istruzione, ed a dipendenza dell'esito della medesima, il pubblico ministero può decretare l'abbandono totale o parziale del procedimento, alle condizioni previste dall'art. 319 CPP, mediante un decreto, che può essere impugnato con reclamo alla CCRP (art. 322 cpv. 2 CPP).

La facoltà di abbandonare il procedimento penale compete anche all'autorità giudicante (art. 329 cpv. 4 CPP). Tale decisione non dovrebbe essere impugnabile con reclamo¹⁵.

3.1.2. Competenze limitate: giudice dei provvedimenti coercitivi

22. (*in generale*) La competenza limitata, enumerativa, contro le decisioni del giudice dei provvedimenti coercitivi, abbraccia differenti materie.

23. (*libertà personale*) Non sarà possibile ricorrere alla CCRP contro la decisione di arresto (art. 222 cpv. 1 CPP) e nei primi tre mesi di carcerazione preventiva o di sicurezza¹⁶, in caso di rigetto di una domanda di scarcerazione¹⁷ (art. 222 cpv. 2 CPP).

Trascorsi tre mesi¹⁸, sarà possibile ricorrere con reclamo, sia contro la decisione di autorizzazione di proroga della carcerazione emanata dal giudice dei provvedimenti coercitivi, sia contro la decisione di reiezione di una domanda di scarcerazione.

24. (*traffico postale e telefonico*) In tema di sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico telefonico, l'ordine di sorveglianza del pubblico ministero o la decisione di approvazione del giudice dei provvedimenti coercitivi possono essere impugnati con reclamo alla CCRP, solo al

13 In questo caso il pubblico ministero deve spiccare un mandato di ricerca (art. 314 cpv. 3 in fine CPP).

14 In caso di procedura di conciliazione, la sospensione è limitata a tre mesi, e può essere prorogata di altri tre mesi, ma una volta sola (art. 314 cpv. 2 CPP).

15 L'art. 329 cpv. 4 in fine CPP rinvia unicamente all'art. 320 CPP, applicabile per analogia, e non anche all'art. 322 CPP (che prevede il reclamo contro il decreto d'abbandono). Nel caso del decreto di non luogo a procedere (art. 310 cpv. 2 CPP) e di decisione di sospensione (art. 314 cpv. 5 CPP) il rinvio è formulato in modo più generale ("Per altro, la procedura è retta dalle disposizioni sull'abbandono del procedimento") e comprende anche la possibilità di reclamo.

16 La carcerazione preventiva scatta con la decisione del giudice dei provvedimenti coercitivi e termina con il deposito dell'atto d'accusa presso il tribunale di primo grado, con l'inizio anticipato di una sanzione privata della libertà o con la liberazione dell'imputato (art. 220 cpv. 1 CPP); la carcerazione di sicurezza è quella durante il periodo tra il deposito dell'atto d'accusa presso il tribunale di primo grado fino al giudicato della sentenza, l'inizio della sanzione privata della libertà o la liberazione (art. 220 cpv. 2 CPP).

17 Una domanda di scarcerazione può essere presentata in ogni tempo, anche nei primi tre mesi di carcerazione preventiva: al momento in cui decide la carcerazione preventiva, il giudice dei provvedimenti coercitivi deve rendere attento l'imputato di questa facoltà (art. 226 cpv. 3 CPP). Sull'iter di una domanda di scarcerazione, cfr. art. 228 CPP. Nel progetto di Messaggio relativo all'organizzazione delle autorità penali della Confederazione, il CF propone ora di permettere da subito di impugnare, presso la giurisdizione di reclamo, le decisioni in materia di libertà personale.

18 Tre mesi rappresenta la durata ordinaria della carcerazione preventiva, se il giudice dei provvedimenti coercitivi non ne ha fissato una durata inferiore. Per protrarre oltre i tre mesi la carcerazione preventiva dev'essere presentata una domanda di proroga al giudice dei provvedimenti coercitivi (art. 227 cpv. 1 e 2 CPP).

- momento della comunicazione dell'avvenuta sorveglianza: possono reclamare sia le persone il cui collegamento di telecomunicazione o l'indirizzo postale è stato sorvegliato, sia le persone che hanno utilizzato tale collegamento o indirizzo (art. 279 cpv. 3 CPP).
25. (*apparecchi tecnici*) Medesima modalità di reclamo (per effetto del rinvio dell'art. 281 cpv. 4 agli art. 269-279 CPP) è data in tema di sorveglianza mediante apparecchi tecnici: per intercettazione o registrazione di comunicazioni o conversazioni private; per osservare o registrare eventi in luoghi privati o non accessibili al pubblico; per accertare dove si trovano persone e cose. La decisione del giudice dei provvedimenti coercitivi può essere impugnata con reclamo dopo l'avvenuta comunicazione.
26. (*relazioni bancarie*) Il reclamo è dato anche a proposito della sorveglianza delle relazioni bancarie. Questo nuovo tipo di atto d'inchiesta è disposto dal giudice delle misure coercitive, su richiesta del pubblico ministero: può riferirsi a relazioni bancarie dell'imputato con una banca o un istituto analogo (art. 284 cpv. 1 CPP). Terminata la sorveglianza, le persone aventi diritto di disporre del conto sono informate: da quel momento scatta il termine per l'eventuale reclamo alla CCRP (art. 285 cpv. 4 CPP).
27. (*inchieste mascherate*) Il CPP disciplina anche le inchieste mascherate. Le stesse possono essere disposte dal pubblico ministero in caso di sospetto di commissione di determinati reati (elencati all'art. 286 cpv. 2 CPP), di gravità tale da giustificare una simile misura, e solo a titolo
- sussidiario (se altre operazioni di inchiesta già svolte hanno dato esito negativo o se le indagini risulterebbero vane o eccessivamente difficili). L'intervento di agenti infiltrati sottostà all'approvazione da parte del giudice dei provvedimenti coercitivi (art. 289 cpv. 1 CPP).
- Al più tardi alla chiusura della procedura preliminare¹⁹, il pubblico ministero comunica all'imputato l'avvenuto svolgimento dell'inchiesta mascherata (art. 298 cpv. 1 CPP), salvo che le informazioni raccolte non sono utilizzate a fini probatori o se è necessario per salvaguardare interessi pubblici o privati preponderanti. Contro la decisione di approvazione del giudice dei provvedimenti coercitivi, dopo la sua comunicazione, è dato reclamo alla CCRP (art. 298 cpv. 3 CPP).
28. (*altra competenza limitata*) Della competenza limitata per gli atti procedurali e le decisioni (ordinanze e decreti) dei tribunali di primo grado (escluse le sentenze e le decisioni ordinarie) già abbiamo detto.

3.2. Competenze sporadiche

29. (*in generale*) Le competenze sporadiche della CCRP sono quelle non enunciate all'art. 20 CPP ma previste puntualmente in specifiche disposizioni del Codice.
30. (*conflitti*) Tra le competenze sporadiche attribuite alla giurisdizione di reclamo vi sono anzitutto la risoluzione di diversi conflitti.
- Conflitti di foro* in caso di contestazione fra le autorità penali del medesimo Cantone (art. 40 cpv. 1 CPP).

¹⁹ La procedura preliminare del CPP (art. 299 e segg. CPP) consta della procedura investigativa della polizia (art. 306/7 CPP) e dall'istruzione da parte del pubblico ministero (art. 299 cpv. 1 CPP).

Conflitti in materia di assistenza giudiziaria tra le autorità dello stesso Cantone, che sono decisi dalla giurisdizione di reclamo in modo definitivo (art. 48 cpv. 1 CPP).

Conflitti in materia di acquisizione di atti da altri procedimenti penali (art. 194 cpv. 1 CPP) o da autorità amministrative e giudiziarie (art.194 cpv. 2 CPP) tra autorità dello stesso Cantone (art. 194 cpv. 3 CPP).
Conflitti di competenza tra le autorità dello stesso Cantone in relazione all'attribuzione dei procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del CPP, che di principio spettano alle autorità competenti in virtù del nuovo diritto (art. 449 cpv. 2 con riferimento al cpv. 1 CPP).

31. (*ricusa*) LA CCRP avrà una competenza in materia di ricusa di pubblici ministeri, di autorità penali in materia di contravvenzione o di tribunali di primo grado (art. 59 cpv. 1 lit. b CPP). La decisione avviene senza ulteriore procedura probatoria ed è definitiva. Nei casi previsti dall'art. 56 lit. a (interesse personale nella causa) e lit. f CPP (altri motivi che potrebbero creare una prevenzione, segnatamente a causa di rapporti di amicizia o di inimicizia con una parte o con il suo patrocinatore) la CCRP decide direttamente: negli altri casi (art. 56 lit. b – e CPP) decide se la persona ricusata si pronuncia in senso negativo (art. 59 cpv. 1 e art. 58 cpv. 2 CPP).
32. (*sanzioni disciplinari*) La CCRP sarà autorità di ricorso contro le sanzioni disciplinari inflitte dal pubblico ministero e dai tribunali di primo grado alle persone che turbano l'andamento del procedimento, offendono le convenienze o non ottemperano a disposizioni ordinatorie (art. 64 CPP).
33. (*retribuzioni*) La CCRP sarà autorità di

ricorso contro le decisioni in materia di retribuzione del difensore d'ufficio, emanate dal pubblico ministero o dal tribunale di primo grado (art. 135 cpv. 3 lit. a con riferimento all'art. 135 cpv. 2 CPP).

34. (*testimoni*) La CCRP sarà competente in tema di facoltà di non deporre da parte dei testimoni. Il CPP prevede detta facoltà in relazione a legami personali (art. 168 CPP), per la protezione del testimone medesimo o di persone vicine (art. 169 CPP), per tutelare il segreto d'ufficio (art. 170 CPP) o il segreto professionale (art. 171 CPP), per tutelare le fonti degli operatori dei mezzi di comunicazione sociale (art. 172 CPP) o per altri obblighi di segreto (art. 173 CPP). Se un testimone invoca una di queste disposizioni, spetta all'autorità interrogante (prima della promozione dell'accusa) e al giudice (dopo la promozione dell'accusa) decidere se sia data la facoltà di non deporre (art. 174 cpv. 1 CPP). Immediatamente dopo l'intimazione della decisione, il testimone può domandare che la giurisdizione di reclamo si pronunci (art. 174 cpv. 2 CPP).

RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEI CONIUGI E DEI PARTNER REGISTRATI PER I DEBITI DERIVANTI DA PREMI E PARTECIPA- ZIONI SECONDO LA LAMAL

Ivano Ranzanici,
Giudice del Tribunale d'Appello e
Christian Steffen,
Vice Cancelliere del Tribunale d'Appello

I. Introduzione

Il numero sempre crescente di procedure d'incasso promosse da assicuratori sociali ne confronti di assicurati morosi e dei loro coniugi, con il riverbero delle stesse a livello giudiziario¹, ci inducono ad alcune riflessioni sul tema della responsabilità del coniuge del debitore per il pagamento dei premi e delle partecipazioni.

L'obbligo di assicurarsi contro le malattie e di pagare il premio e le partecipazioni imposto dalla LAMal ha quale corollario l'obbligo fatto all'assicuratore di procedere all'incasso forzato del suo credito. In virtù del diritto cantonale d'applicazione della LAMal, poi, è data la possibilità all'assicuratore di ottenere dallo Stato il pagamento dei premi e delle partecipazioni non soluti dall'assicurato, a condizione però di

produrre, tra l'altro, l'attestato di carenza beni rilasciato dal competente UE. L'Ufficio dell'Assicurazione Malattia ha imposto agli assicuratori, a partire dal 1999, con una circolare poi precisata nel 2003, di escutere anche il coniuge dell'assicurato debitore e di giungere sino all'emanazione dell'ACB anche nei suoi confronti per ottenere l'intervento dello Stato e ciò sino almeno alla modifica dell'art. 64 a LAMal. Questa circolare, e la prassi instaurata dall'amministrazione cantonale, ha il suo fondamento in una giurisprudenza del Tribunale Federale delle Assicurazioni (ribadita e precisata nel corso degli ultimi anni) che verrà di seguito brevemente illustrata.

Da evidenziare subito che quanto vale per i coniugi deve essere ritenuto anche per i partner registrati², anche se – ad oggi – il Tribunale Cantonale delle Assicurazioni non è (ancora) stato confrontato a casi concreti d'applicazione degli art. 13 e 15 LUD.

II. Quali i costi obbligatori dell'assicurazione sociale contro le malattie a carico degli assicurati?

L'art. 60 cpv. 1 LAMal prevede che l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie sia finanziata secondo il sistema della ripartizione delle spese³, su questo aspetto il legislatore ha voluto mantenere il sistema in vigore sotto l'egida della LAMI⁴.

I flussi finanziari che permettono all'assicuratore di svolgere il suo esercizio derivano dai premi, e quindi anche dai versamenti dell'ente

1 A tal proposito rinviamo al sito www.sentenze.ti.ch per un dettagliato elenco.

2 A norma della Legge federale sull'unione domestica registrata (LUD) del 18 giugno 2004

3 Sul tema si veda la sentenza 15 marzo 2007 (36.2006.19) emessa dal Tribunale Cantonale delle Assicurazioni nella sua composizione di tre giudici.

4 Messaggio del 6 novembre 1991 del Consiglio federale, FF 1992 I 65, in particolare pag. 96 e seguenti (commento all'art. 52 LAMal; ora art. 60).

pubblico per il finanziamento dei premi per gli assicurati meno abbienti (sussidi), nonché dalle franchigie e dalle partecipazioni ai costi.

I premi dovuti dagli assicurati sono regolati agli art. 61 e seg. LAMal e dettagliatamente specificati nelle norme dell'Ordinanza (OAMal) ancora recentemente modificata dal Consiglio Federale. Ogni assicurato, anche minorenne, è astretto al pagamento dei premi che sono fissati in maniera uguale per gli assicurati appartenenti alle previste categorie d'età. I premi non considerano la capacità contributiva degli individui.

Una partecipazione ai costi dell'assicurazione malattia obbligatoria è imposta agli assicurati sotto forma di franchigia e di presa a carico di quota parte dei costi che superano l'importo di franchigia (cfr. art. 64 LAMal).

III. Mancato pagamento di premi e partecipazioni: conseguenze.

Con novella legislativa vigente dal 1 gennaio 2006 intitolata "Mancato pagamento dei premi e della partecipazione ai costi"⁵ sono state dettate ed inasprite le conseguenze del mancato versamento di premi e partecipazioni da parte degli assicurati. Il nuovo art. 64a LAMal in particolare prevede che se l'assicurato non paga premi o partecipazioni ai costi entro la scadenza prevista, l'assicuratore deve diffidarlo per scritto, assegnargli un termine supplementare di 30 giorni per pagare ed indicargli le conseguenze della mora.

Se, nonostante la diffida, l'assicurato non paga e se è già stata depositata una domanda di continuazione dell'esecuzione per debiti, l'as-

sicuratore sospende l'assunzione dei costi delle prestazioni finché i premi e le partecipazioni ai costi in arretrato, con gli interessi di mora e le spese d'esecuzione, non sono integralmente pagati. Nello stesso tempo l'assicuratore informa l'ufficio cantonale incaricato di vigilare sul rispetto dell'obbligo di assicurazione (nel Cantone Ticino l'Ufficio dell'Assicurazione Malattia) della sospensione.

Se i premi e le partecipazioni ai costi in arretrato, gli interessi di mora e le spese d'esecuzione sono pagati integralmente, l'assicuratore deve assumere i costi delle prestazioni fornite durante la sospensione. Un cambiamento di assicuratore (in deroga all'art. 7 LAMal) non è possibile in caso di sospensione.

In una sentenza del 31 gennaio 2008⁶ il TF ha indicato la necessità di far capo ad una decisione formale per procedere alla sospensione delle prestazioni (secondo il previgente diritto) ciò che dovrebbe valere anche con le nuove norme. Una semplice "comunicazione" non sembra infatti sufficiente, ciò alla luce dell'incisività della misura e delle sue gravi ripercussioni per l'assicurato⁷.

IV. Debitore di premi e partecipazioni.

IV.1. L'assicurato

Debitore del premio e delle partecipazioni è normalmente la persona assicurata⁸. Il pagamento dei premi costituisce un obbligo giuridico di natura amministrativa che compete personalmente all'assicurato. Anche se nella pratica è ammesso che un terzo si assuma il debito del premio, rispettivamente della partecipazione ai costi, in luogo e vece dell'assicurato (ad esempio un curatore o datore di lavoro

5 Costitutiva della nuova sezione 3 a della LAMal, introdotta dal n. I della LF del 18 mar. 2005 in vigore dal 1° gen. 2006 (RU 2005 3587; FF 2004 3869).

6 K 139/06 in re Visana c./R.

7 Si veda la conseguente decisione del Tribunale Cantonale delle Assicurazioni del 27 maggio 2008 (inc. 36.2008.58).

8 EUGSTER, Krankenversicherung, in MEYER-BLASER, Soziale Sicherheit 2 Auflage, Basilea 2007, p. 745 no.1020.

come rammenta Eugster⁹) nulla muta nel rapporto tra assicuratore ed assicurato quo all'obbligo di pagamento. L'assicurato che deve rispondere del pagamento del debito maturato sopporta le conseguenze del mancato adempimento (fino alla sospensione della remunerazione delle prestazioni).

L'obbligo del pagamento dei premi dei figli fino ai 18 anni compiuti (cfr. art. 61 cpv. 3 LAMal) appartiene solidalmente ai genitori e al figlio¹⁰. Il figlio diventato maggiorenne può essere chiamato a pagare personalmente i premi rimasti impagati quando era minorenni (STF 25.4.08 9C_660/2007).

IV.2. Il debito del coniuge.

IV.2. 1. Solidarietà di un coniuge verso il creditore per il debito dell'altro: diritto applicabile.

Come più volte ribadito dal Tribunale cantonale delle assicurazioni¹¹ sulla scorta della giurisprudenza federale in materia¹² il diritto delle assicurazioni sociali non disciplina la responsabilità di un coniuge per il debito dell'altro nei confronti dell'assicuratore sociale contro le malattie. La soluzione giuridica del tema in discussione è stata quindi ricercata nel diritto privato, nella misura in cui fosse compatibile con quella del diritto delle assicurazioni sociali (LAMal).

In particolare il TFA, accertata una lacuna legislativa, già sotto l'egida della LAMI ha fatto capo alle regole relative agli effetti del matrimonio in generale, ed ha applicato, nella

sentenza 15 marzo 1993 in re M. pubblicata in DTF 119 V 16 e segg., le norme sulla rappresentanza dell'unione coniugale in vigore dal 1° gennaio 1988, ciò nella misura in cui i debiti erano sorti successivamente a tale data¹³. Fondandosi sull'art. 166 CC, secondo cui, durante la vita in comune, ciascun coniuge rappresenta l'unione coniugale per i bisogni correnti della famiglia (mentre per gli altri bisogni la rappresentanza è data se vi è stata autorizzazione dell'altro coniuge o del giudice rispettivamente se “*l'affare non consente una dilazione e l'altro coniuge è impossibilitato a dare il proprio consenso per malattia, assenza o analoghi motivi*”) il TFA ha ritenuto che, con i propri atti, ciascun coniuge obbliga oltre se stesso anche l'altro quando non ecceda il potere di rappresentanza in modo riconoscibile dai terzi.

Pur consapevole del fatto che, come esponeva Grossen¹⁴, con il nuovo sistema dell'art. 166 CC la responsabilità solidale dei coniugi “*est large et dans certains cas, l'innovation tournera au préjudice de la femme*”, l'alta Corte ha considerato che gli effetti dell'atto di affiliazione ad una cassa si prolungano per via della nascita del debito d'affiliazione e quindi ai premi dovuti. Non va dimenticato che l'art. 170 cpv. 1 CC prevede come ciascun coniuge possa esigere che l'altro lo informi sui suoi redditi, la sua sostanza e i suoi debiti.

Il cpv. 2 precisa che a sua istanza, il giudice può obbligare l'altro coniuge o terzi a dare le informazioni occorrenti e a produrre i documenti necessari.

Per ritenere l'affiliazione ad una Cassa Malattia quale bisogno corrente della famiglia

⁹ V. nota precedente.

¹⁰ EUGSTER, op. cit., pag. 737, n. 1000 e pag. 745, n. 1020.

¹¹ Si vedano sul tema: 36.2007.162 decisione 13 marzo 2008; 36.2007.140 decisione 13 novembre 2007; 36.2007.88 decisione 6 novembre 2007; 36.2007.62 decisione 5 luglio 2007; 36.2007.35 decisione 18 aprile 2007; 36.2007.23 decisione 2 ottobre 2007.

¹² In particolare tra le prime: DTF 119 V 16 in re M. contro Grütli.

¹³ V. RAMI 1993 pag. 83 cons. 2 a a pagina 85.

¹⁴ Grossen: Le statut patrimonial de base. Les effets généraux du mariage. Travaux des journées d'étude de la Faculté de droit de Lausanne des 7 et 8 mars 1986. Cédidac no. 5 pag. 17.

l'alta Corte ha quindi fatto capo alla giurisprudenza in materia civile. In particolare ha considerato che la nozione di bisogni dell'economia domestica comune è concetto non chiaramente definito ed è determinata dagli usi e costumi ritenendo compito del giudice di definirla in considerazione dell'esperienza della vita e di ciò che si pratica in generale nella popolazione, senza omettere di considerare, in ogni caso concreto, le condizioni economiche dei coniugi e lo standard di vita da essi adottato¹⁵.

Nella sentenza pubblicata in RAMI 1993 83 (pag. 86) il TFA ha ritenuto che i premi dell'assicurazione malattia fossero destinati a soddisfare i bisogni correnti della famiglia e che ogni coniuge rappresenta l'unione coniugale per detti bisogni correnti durante la vita in comune.

Nelle successive sentenze in materia il TFA ha indicato che il pagamento dei premi alle assicurazioni sociali fa parte del "*debito mantenimento della famiglia*" secondo l'art. 163 cpv. 1 CC¹⁶. Dal canto suo la prassi cantonale ha considerato sia la conclusione di un'assicurazione malattia obbligatoria che il cambiamento di assicuratore come facenti parte dei bisogni correnti della famiglia ai sensi dell'art. 166 cpv. 1 CC¹⁷. Di conseguenza, alla luce dell'art. 166 cpv. 3 CC, i coniugi rispondono solidalmente tra di loro per i premi rimasti insoluiti fintanto che vivono insieme¹⁸.

Il TFA, con giudizio del 18 ottobre 2002 nella causa R. (K 60/00)¹⁹, ha precisato la sua giurisprudenza. Ha ribadito che i coniugi che sono nella necessità di instaurare relazioni con terze persone nell'interesse della coppia o della

famiglia – compresa la necessità di un'assicurazione di base per la copertura delle malattie - rappresentano l'unione coniugale nella misura in cui gestiscono i bisogni correnti della coppia stessa o della famiglia.

Affinché ciò possa avvenire, e quindi affinché un coniuge possa essere legalmente rappresentato dall'altro, e quindi affinché nasca una responsabilità solidale per i debiti contratti da uno dei coniugi per i bisogni correnti dell'unione coniugale, occorre che le obbligazioni contratte servano ai bisogni correnti della famiglia. In questa sentenza la nostra Massima Istanza ha precisato la propria giurisprudenza indicando che, con l'entrata in vigore dell'assicurazione malattia obbligatoria, in virtù dell'art. 166 CC, un coniuge risponde solidalmente per i debiti contributivi dell'altro indipendentemente dal fatto che il rapporto di assicurazione a fondamento del credito contributivo sia stato costituito durante la vita comune o meno. In altri termini anche per le coperture già in essere al momento del matrimonio la solidarietà tra i coniugi va ammessa per i premi e le partecipazioni maturati in corso della vita in comune.

IV.2.2. Estensione temporale della solidarietà.

La solidarietà tra i coniugi nasce con il matrimonio e la vita in comune degli sposi o dei partner registrati. Il testo legale stesso fa chiaramente riferimento alla vita in comune tra i coniugi (art. 166 cpv. 1 CC). Ci si deve chiedere allora se è sufficiente la cessazione di fatto della vita in comune o se occorra un intervento giudiziario per far venir meno l'obbligo solida-

15 DTF 112 II 405 c. 5 e 6.

16 DTF 125 V 430 cons. 3b e dottrina citata; RAMI 2000 pag. 79.

17 Da ultimo si veda STCA 13 marzo 2008 36.2007.162. Si veda inoltre la dottrina citata, Eugster, op. cit. loc. cit.

18 RAMI 1993 n. 914 pag. 83

19 Pubblicata in DTF 129 V 90.

le e cosa avvenga durante le sospensioni temporanee della vita in comune.

In un giudizio del 22 luglio 2005 (K 114/03) in una causa ticinese il TFA ha stabilito che con la cessazione della vita comune termina anche la comunanza di intenti (“*Nutzungs-gemeinschaft*”) vigente in regime di comunione domestica, che costituisce il presupposto necessario per la responsabilità solidale ed ha considerato una latenza del potere di rappresentanza durante la sospensione della vita comune. L’assenza di vita comune dei coniugi non permette di ritenere, per ciascun coniuge, il potere di rappresentanza dell’unione coniugale per cui non può sussistere solidarietà. Per il TFA “*Il potere di rappresentanza dell’unione coniugale, con il corollario della responsabilità solidale del coniuge ex art. 166 cpv. 3 CC, è pertanto pienamente operante solo se le parti vivono in unione domestica e non anche durante un periodo di separazione, anche solo di fatto,*”. La giurisprudenza ritiene quindi sufficiente una separazione di fatto dei coniugi, e di riflesso dei partner registrati, per far cadere l’obbligo solidale del coniuge del debitore.

In altri termini solo i debiti maturati in costanza della vita in comune possono essere pretesi dal coniuge del debitore da parte dell’assicuratore creditore.

In un’altra (e precedente) causa ticinese²⁰ il TFA, ha citato la tesi dell’assicuratore malattia secondo cui, sulla scorta di una parte della dottrina:

“...in particolare di Hausheer/ Reusser/ Geiser; Kommentar zum Ehe-recht, n. 98 ad art. 166 CC ... durante la sospensione della comunione domestica nessun nuovo rapporto contrattuale possa essere valida-

mente concluso in rappresentanza dell’unione coniugale, mentre continuerebbe a sussistere l’obbligo di solidarietà per i rapporti contrattuali di lunga durata («Dauerschuldverhältnisse») sorti in costanza di matrimonio e prima della separazione, atteso che solo con lo scioglimento del matrimonio prende fine la responsabilità solidale dei coniugi.”

respingendola senza particolare approfondimento e limitandosi a ribadire che il potere di rappresentanza, con il corollario della responsabilità solidale dei coniugi, è operante se vi è unione domestica ma non in caso di separazione, anche solo di fatto.

La Corte federale non ha misconosciuto che la soluzione adottata potrebbe anche essere di pregiudizio per il creditore in buona fede, nel caso un assicurato avesse taciuto ad arte un “*elemento rilevante per la prosecuzione di un rapporto contrattuale, come può essere la sospensione della vita comune*” ma ha indicato come l’assicuratore, in quella fattispecie, non avesse dimostrato “*che la continuazione del rapporto assicurativo dipendesse dalla fiducia riposta nella forza finanziaria del marito e che non le fosse noto che i coniugi vivessero separati, ancorché solo di fatto*”.

IV.2.3. Onere della prova.

La prova di una separazione di fatto tocca alla parte che se ne prevale e che da tale circostanza trae un diritto, quindi appartiene al debitore solidale chiamato in causa dall’assicuratore che vuole liberarsi dall’obbligo del pagamento del debito.

²⁰ Sentenza 16 dicembre 2003 K 278/01 pubblicata in RAMI 2004 KV 278 pag. 149. Per la sentenza cantonale si veda la decisione 1 ottobre 2001 inc. 36.2001.3.

IV.2.4. Casi particolari.

Quid dell'ipotesi in cui due coniugi vogliano vivere in comunione domestica ma ciò non sia loro permesso per circostanze estranee alla loro volontà. Il tema ha un certo rilievo come rammenta la dottrina²¹ che evoca il caso della privazione della libertà di uno dei coniugi rispettivamente l'ospedalizzazione prolungata.

Il TCA si è confrontato con tale ipotesi in un caso sfociato nella sentenza 6 febbraio 2003²² dove una donna straniera coniugatasi all'estero con un cittadino svizzero, pur volendo vivere con il consorte, era rimasta nel suo paese natio in attesa del permesso per entrare in Svizzera (approfittandone per completare la sua formazione professionale). Il marito aveva maturato debiti con l'assicuratore anche per periodi successivi al matrimonio. La Corte cantonale ha ritenuto sussistere una volontà di mantenimento dell'unione quale comunione di destini ed ha considerato l'esistenza di una responsabilità della moglie per i debiti del marito. In caso di separazione forzata dei coniugi per malattia o per impedimento derivante da norme imperative del diritto pubblico (permessi di soggiorno come all'esempio) od ancora in caso di privazione della libertà per ordine della magistratura penale, va ritenuta la solidarietà dei coniugi a meno della dimostrazione della preesistente volontà di separazione.

IV.2.5. L'influsso del regime matrimoniale scelto dai coniugi

Il Tribunale Federale delle Assicurazioni, sin dalle prime sentenze in materia, ha ritenuto come la responsabilità solidale sia indipendente dal regime matrimoniale scelto²³. Nella sentenza 22 luglio 2005²⁴ ha nuovamente ribadito il concetto richiamando la sentenza DTF 129 V 90 c. 2 e la dottrina ivi citata. Il Messaggio del Consiglio Federale²⁵ da per scontata, senza approfondimento, la solidarietà dei coniugi per "far fronte ai debiti domestici", a prescindere dal regime matrimoniale (legale o scelto dai coniugi).

IV.2.6. Estensione del credito

Il credito è certamente costituito dai premi scaduti e dalle partecipazioni²⁶. Spesso gli assicuratori chiedono il versamento di spese amministrative maturate per le procedure che avviano nei confronti del coniuge debitore od ancora spese scaturenti dalle procedure d'incasso (PE ad esempio).

Per l'art. 146 CO, salvo disposizione contraria, un debitore solidale non può col suo fatto personale aggravare la posizione degli altri. Ad esempio la mora di uno dei debitori solidali concerne unicamente l'interessato e quindi egli solo deve gli interessi moratori. Allo stesso modo in caso di colpevole impedimento di un debitore, solo questi deve pagarne le conseguenze²⁷. Ciò significa che il coniuge è solidalmente responsabile unicamente per il pagamento dei premi o delle partecipazioni

21 Henry Deschnaux, Paul-Henry Steinauer e Margareta Baddeley: Les effets du mariage. Berna 2000, in particolare nota 25 a piè della pagina 179.

22 Inc. 36.2002.60.

23 DTF 119 V 21 consid. 4e.

24 K 114/03 in particolare cons. 5.1.

25 FF 30.10.1979 pag. 1186 ad no. 215.21 e segg. Messaggio dell'11 luglio 1979 relativo alla revisione del CC. Effetti del matrimonio in generale. Regime matrimoniale. Diritto successorio.

26 La partecipazione essendo imposta per legge e limitata nell'importo va ritenuta quale bisogno corrente della famiglia.

27 Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2a. edizione, Berna 1997, pag. 840; Schnyder, *Basler Kommentar* 2a ed., n. 1 e segg. ad art. 147, pag. 758 e seg.

dell'altro, ma non delle altre spese causate dal consorte. L'assicuratore non può chiedere al debitore solidale il pagamento delle spese di diffida, d'apertura dell'incarto, del precetto esecutivo, di prima notifica, di procedura esecutiva e gli interessi moratori generati dall'assenza di pagamento dei premi LAMal²⁸.

Diverso è invece il discorso per le spese che l'agire del coniuge chiamato a pagare in via solidale il debito causa con il suo comportamento. In questi casi le spese esecutive gli saranno addossate. Va rammentato che le spese esecutive non formano oggetto della sentenza di rigetto ma seguono le sorti dell'esecuzione per la quale è stato concesso il rigetto²⁹.

IV.2.7. Perenzione del diritto.

Nella sentenza 22 luglio 2005 in re L³⁰ il TFA ha applicato anche alla LAMal la giurisprudenza valida vigente LAMI secondo cui, per analogia, è applicabile (in difetto di base legale specifica) l'art. 16 cpv. 1 prima frase LAVS³¹ secondo cui i contributi il cui importo non è stato fissato in una decisione notificata entro il termine di cinque anni dalla fine dell'anno civile per il quale sono dovuti, non possono più essere né pretesi né pagati (contrariamente al testo letterale della norma si tratta di un termine di perenzione e non di prescrizio-

ne³²). L'alta Corte ha quindi ritenuto che la norma valesse (applicata per analogia) per i premi e per le partecipazioni dovute dal debitore nell'ambito dell'assicurazione malattie ma ha escluso una perenzione mensile.

Dall'entrata in vigore della LPGA si applica l'art. 24 cpv. 1 LPGA secondo cui il diritto a prestazioni o contributi arretrati si estingue cinque anni dopo la fine del mese per cui era dovuta la prestazione e cinque anni dopo lo scadere dell'anno civile per cui il contributo doveva essere pagato.

V. Partner registrati.

Per quanto attiene le assicurazioni sociali l'art. 13a della LPGA³³ prevede che l'unione domestica registrata è equiparata al matrimonio. Se un partner decede il partner superstite è equiparato a un vedovo. Lo scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata è equiparato al divorzio.

La LUD agli articoli 13 e 15 riprende, in parte letteralmente, i concetti giuridici degli articoli 163 e 166 CCS. In particolare il debito di mantenimento dell'unione domestica, come per la famiglia, deve essere fronteggiato dai partner in comune nella misura delle rispettive forze. La legge permette al partner³⁴ di adire il

28 Si veda al proposito quanto ritenuto da ultimo nella sentenza 13 novembre 2007 36.2007.140 e 13 marzo 2008 36.2007.162.

29 Su questi aspetti si vedano STFA del 22 luglio 2005 K 114/03; STCA del 14 settembre 2004 36.2004.79; RAMI 2003 no. KV 251 pag. 226 consid. 4; SZS 2001 pag. 568 consid. 5 con riferimenti; Panchaud/Caprez, La mainlevée de l'opposition, §164, pag. 414; K. Ammon, Grundriss des Schuldbetreibungs- und konkursrechts, Berna 1983, p. 106; STFA del 22 luglio 2005 nella causa L., K 114/03, STFA del 26 agosto 2004 nella causa M., K 68/04 e del 18 giugno 2004 nella causa B., K 144/03

30 Sentenza del 17 giugno 2003 (K 82/02) dove l'art. 16 non è stato applicato direttamente ma, appunto, per analogia.

31 Sul tema: RCC 1988 pag. 60 consid. 3a, RCC 1975 pag. 201 consid. 2a; P. - Y. Greber, J. - L. Duc, G. Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, ad art. 16, pag. 405.

32 DTF 117 V 208.

33 Legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali del 6 ottobre 2000. L'art. 13 a (applicabile in ambito di LAMal, v. art. 2 LPGA) così recita:

Unione domestica registrata

1 Per tutta la sua durata, nel diritto delle assicurazioni sociali l'unione domestica registrata è equiparata al matrimonio.

2 Il partner registrato superstite è equiparato al vedovo.

3 Lo scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata è equiparato al divorzio.

34 In questo testo l'uso del genere maschile è derivato da necessità di semplificazione, ciò che vale per il o i partner dell'unione registrata di coppie omosessuali (come recita il titolo completo della legge del 18 giugno 2004) vale anche per la o le partner.

giudice per fissare i contributi pecuniari per il mantenimento dell'unione domestica e se un partner non adempie il proprio obbligo di mantenimento, il giudice può ordinare ai suoi debitori che facciano i loro pagamenti, in tutto o in parte, all'altro. In virtù dell'art. 15 LUD, non diversamente da quanto vale per il matrimonio, è previsto che, durante la vita comune, ciascun partner rappresenti l'unione domestica per i bisogni correnti della stessa (mentre per gli altri bisogni valgono i medesimi principi di autorizzazione del giudice rispettivamente di urgenza dell'affare ed impossibilità al consenso del partner).

Con i propri atti ciascun partner obbliga sé stesso e, in quanto non ecceda il potere di rappresentanza in modo riconoscibile dai terzi, solidalmente anche l'altro (fatta salva la possibilità di ottenere dal giudice la privazione totale o parziale di rappresentanza dell'unione domestica in caso di eccesso od incapacità, con opponibilità ai terzi in buona fede se pubblicata per ordine del giudice). Anche per i partner vige l'obbligo di informazione relativa a redditi e sostanza nonché debiti come per i coniugi.

Quindi la giurisprudenza sviluppata dal Tribunale Federale delle Assicurazioni dovrebbe trovare applicazione anche per i partner registrati vigendo sostanzialmente le medesime regole relative alla rappresentanza dell'unione domestica ed i medesimi obblighi di mantenimento per coniugi e partner registrati. L'obbligo per un partner di onorare il debito dell'altro derivante da premi o partecipazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie dovrebbe quindi, analogamente a quanto vale per i coniugi, sussistere in costanza di convivenza come visto nelle considerazioni precedenti. Per i partner l'art. 17 LUD prevede la possibilità di sospendere la vita in comune per gravi motivi. Anche per i partner registrati, quindi, la solidarietà per il debito derivante da

premi e partecipazioni imposti dalla LAMal dovrebbe sussistere sino al termine della convivenza.

VI. Conclusioni.

Il tema qui in esame è attuale ed ha dato spunto a molteplici sentenze del Tribunale Cantonale delle Assicurazioni nelle quali, conformemente alla giurisprudenza federale, è stato ammesso che sia i premi che le partecipazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico sanitarie costituiscono debiti contratti nell'interesse della comunione domestica (rispettivamente dell'unione registrata) e per il loro pagamento va ammessa la solidarietà tra i coniugi (rispettivamente tra partner registrati). L'assicuratore può quindi ripercuotere sul coniuge del debitore (rispettivamente sul partner registrato del debitore) il suo credito escluso comunque le spese amministrative ed esecutive maturate per il comportamento del debitore.

La solidarietà dura ed ha valenza per i debiti maturati in costanza di una convivenza e non dipende in alcun modo dal regime matrimoniale scelto dalla coppia. L'onere della prova di una separazione pertocca al coniuge che se ne prevale.

DEONTOLOGIA PROFESSIONALE REGOLE PROFESSIONALI E NORME DEONTOLOGICHE

Riccardo Rondi, avvocato,
Presidente della Commissione di disciplina

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE

II. LEGGE FEDERALE SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEGLI AVVOCATI (LLCA)

- A. Concezione
- B. Campo di applicazione personale
- 1. **REGOLE PROFESSIONALI (art. 12 LLCA)**
 - 1.1 Cura e diligenza
 - 1.2 Indipendenza
 - 1.3 Conflitti di interesse
 - 1.4 Pubblicità
 - 1.5 Divieto del pactum de quota litis
 - 1.6 Obbligo di disporre di un'assicurazione RC
 - 1.7 Difese d'ufficio e gratuito patrocinio
 - 1.8 Custodia degli averi del cliente
 - 1.9 Informazione sugli onorari
 - 1.10 Modifiche delle indicazioni del registro

2. SEGRETO PROFESSIONALE (art. 13 LLCA)

3. APPLICABILITA'

4. AUTORITA' DI SORVEGLIANZA

III. DOVERI DELL'AVVOCATO

- A. Secondo la Legge sulla libera circolazione degli avvocati
- B. Secondo la Legge sull'avvocatura
- C. Secondo il Codice professionale

1. PRINCIPI GENERALI

2. ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE

- 2.1 Cura e diligenza
- 2.2 Indipendenza dell'avvocato
 - 2.2.1 Indipendenza verso la pubblica autorità
 - 2.2.2 Indipendenza verso il mandante
 - 2.2.3 Indipendenza nei confronti dei terzi
- 2.3 Segreto professionale
- 2.4 Dignità professionale
- 2.5 Componimento bonale delle controversie
- 2.6 Libera scelta dell'avvocato
- 2.7 Contatto con testimoni
- 2.8 Pubblicità e relazioni con il pubblico
- 2.9 Studio professionale

3. DOVERI VERSO IL CLIENTE

- 3.1 Mandato
- 3.2 Rinuncia al mandato
- 3.3 Assistenza giudiziaria
- 3.4 Beni del cliente
- 3.5 Decesso dell'avvocato
- 3.6 Conflitti di interesse
- 3.7 Pluralità di clienti e mandati precedenti
- 3.8 Onorari

4. DOVERI VERSO I COLLEGHI 5. DOVERI VERSO I GIUDICI E LE AUTORITA'

- 5.1 Atteggiamento
- 5.2 Intralcio delle procedure
- 5.3 Mezzi illeciti
- 5.4 Rapporti con i media e dichiarazioni pubbliche

6. AVVOCATI STRANIERI E DI ALTRI CANTONI 7. ULTERIORI DOVERI DELL'AVVOCATO

- 7.1 Uso del titolo professionale
- 7.2 Obbligo assicurativo
- 7.3 Comunicazione modifiche

IV. MISURE DISCIPLINARI

V. PROCEDURA

VI. ORDINE E NORME DEONTOLOGICHE

ABBREVIAZIONI

I. INTRODUZIONE

La deontologia è l'assieme delle norme etico-sociali che disciplinano l'esercizio di una data professione.

Trattasi quindi, per quanto attiene all'avvocato, di norme di comportamento che regolano la sua attività professionale.

La Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati (Legge sugli avvocati, LLCA) del 23 giugno 2000, entrata in vigore il 1. giugno 2002, disciplina in modo esaustivo le regole professionali cui sono subordinati gli avvocati. L'unificazione garantisce agli avvocati svizzeri e a quelli dell'UE e dell'AELS di non doversi preoccupare dei particolarismi cantonali in materia di regole professionali. Resta così favorita la mobilità degli avvocati, consentendo alle autorità di sorveglianza di adottare una prassi più trasparente in caso di ricorso.

Le regole professionali sono norme di diritto emanate da un'autorità per disciplinare una professione nell'interesse pubblico. Le norme deontologiche sono invece adottate dalle organizzazioni professionali (Ordini degli avvocati).

Secondo il Tribunale federale le norme deontologiche possono essere applicate dalle autorità di sorveglianza, nella misura in cui consentono di interpretare il contenuto delle regole professionali (DTF 98 Ia 356 cons. 3 e STF 9.4.03 2P.304/2002).

Le norme deontologiche conservano così pienamente la loro utilità per precisare le regole professionali federali e gli obblighi cui soggiace l'avvocato nell'ambito dell'esecuzione del mandato (m.LLCA n. 233.1).

Le regole professionali federali previste dalla LLCA sono direttamente applicabili ai titolari di una patente di avvocato che esercitano la rappresentanza in giudizio in Svizzera nell'ambito di un monopolio (art. 2 LLCA). Per quanto ci concerne, ciò vale per tutti gli avvocati iscritti nel Registro degli avvocati del Cantone Ticino, per tutti gli avvocati iscritti nell'Albo pubblico degli avvocati UE o AELS,

autorizzati a esercitare generalmente la rappresentanza in giudizio, come pure per gli avvocati che forniscono una prestazione di servizio (art. 1 LAVv). Ciò vale pure per i praticanti iscritti nell'elenco dei praticanti, tenuto dalla CAN (art. 25 cpv. 2 LAVv e 3 RAVv), mentre che per gli alunni giudiziari le stesse norme sono applicabili dalla CAN, per rinvio (art. 13 RAVv).

In seguito all'entrata in vigore della LLCA, il Consiglio della FSA ha ritenuto opportuno emanare, in data 1. ottobre 2002, dopo consultazione della conferenza dei presidenti degli ordini cantonali, una direttiva relativa alle regole professionali e deontologiche, nell'intento di contribuire all'interpretazione uniforme delle regole professionali. Questa direttiva è alla base del Codice svizzero di deontologia (CSD) del 10 giugno 2005, entrato in vigore il 1. luglio 2005, che costituisce il compendio delle norme deontologiche riconosciute sul piano nazionale.

II. LEGGE FEDERALE SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEGLI AVVOCATI (LLCA)

A. Concezione

La LLCA garantisce la libera circolazione degli avvocati in Svizzera e stabilisce un certo numero di principi e di esigenze minime per l'esercizio dell'avvocatura.

Ciascun avvocato iscritto nel registro di un cantone potrà esercitare liberamente in tutto il territorio della Confederazione, senza altre autorizzazioni da parte delle autorità cantonali. Questo varrà, a determinate condizioni, anche per gli avvocati degli Stati membri dell'UE e dell'AELS. La LLCA stabilisce pertanto i principi più importanti applicabili all'esercizio dell'avvocatura in Svizzera.

B. Campo di applicazione personale

La LLCA si applica ai titolari di una patente di avvocato, che esercitano effettivamente la rappresentanza in giudizio, nell'ambito del monopolio definito dal diritto cantonale (cfr. m.LLCA n. 22, 231.1, 231.2).

Ai cantoni rimane la competenza di legiferare nelle seguenti materie:

- definizione dell'estensione del monopolio cantonale legato alla rappresentanza in giudizio;
- definizione delle condizioni per l'ottenimento del brevetto d'avvocato;
- definizione delle condizioni di ritiro del brevetto d'avvocato;
- definizione della procedura d'iscrizione nel registro cantonale degli avvocati;
- istituzione di un'autorità di sorveglianza ai sensi dell'art. 14 LLCA;
- definizione della procedura disciplinare;
- designazione dell'autorità di svincolo dall'obbligo del segreto professionale; (LAvv)
- regolamentazione del contenuto della prova attitudinale; (RAvv)
- definizione delle tariffe in materia di patrocini d'ufficio, di assistenza giudiziaria e di ripetibili. (TAGR)

1. REGOLE PROFESSIONALI

(art. 12 LLCA)

La LLCA unifica in modo completo a livello federale le regole professionali concernenti l'avvocatura. In caso di violazione di queste regole, saranno pronunciate le misure disciplinari previste dall'art. 17 LLCA.

1.1 Cura e diligenza

“L'avvocato esercita la professione con cura e diligenza.” (art. 12 a) LLCA)

Si tratta della clausola generale già conosciuta quale obbligo generale di compor-

tamento dell'avvocato, sia nei confronti del pubblico, sia nei confronti delle autorità giudiziarie.

È lo stesso obbligo imposto a ogni mandatario secondo gli art. 398 e 321a CO. Quest'obbligo diventa però una regola professionale, dettata dalla legge federale, il che ha come conseguenza il fatto che una sua violazione non toccherà unicamente la responsabilità civile dell'avvocato, ma comporterà pure sanzioni disciplinari.

Le norme deontologiche cantonali serviranno per interpretare la clausola generale di questo articolo, a condizione di essere riconosciute a livello nazionale.

1.2 Indipendenza

“L'avvocato esercita la sua attività professionale in piena indipendenza, a proprio nome e sotto la propria responsabilità.” (art. 12 b) LLCA)

La questione dell'indipendenza è stata approfondita e precisata dalle camere, scostandosi da quanto proponeva il messaggio del Consiglio federale (cfr. m.LLCA 172.1, 232.54, 233.22). Per evitare qualsiasi conflitto tra gli interessi del cliente e quelli delle persone con cui un avvocato potrebbe intrattenere rapporti professionali o privati, è stato posto il divieto di esercitare per gli avvocati dipendenti da società private, quali funzionari di banca, agenti di assicurazione, fiduciari, funzionari pubblici, ecc.

L'attuale norma sulle condizioni personali è formale quanto all'esigenza di indipendenza. L'avvocato dovrà essere in grado di esercitare in piena indipendenza e potrà, in linea di principio, essere impiegato soltanto da persone iscritte a loro volta in un registro cantonale.

La norma permette poi all'avvocato impiegato di un'organizzazione di pubbli-

ca utilità riconosciuta, di essere iscritto nel registro se adempie le condizioni di base e se la rappresentanza in giudizio si limita esclusivamente a mandati affidatigli nell'ambito dello scopo perseguito da quell'organizzazione (cfr. art. 8 LLCA).

In una sentenza del 2004 il Tribunale federale si è espresso sulla questione dell'indipendenza dell'avvocato, fissando il principio che l'iscrizione nel registro cantonale degli avvocati deve essere accordata, a certe condizioni, anche agli avvocati impiegati di una persona che non è lei stessa iscritta nel registro. Determinante è la dimostrazione che la posizione dell'avvocato quale impiegato non possa portare nocumento alla sua indipendenza (cfr. STF 2A.110/2003 del 29.1.04).

1.3 Conflitti di interesse

“L'avvocato evita qualsiasi conflitto tra gli interessi del suo cliente e quelli delle persone con cui ha rapporti professionali o privati.” (art. 12 c) LLCA)

Questi doveri erano già conosciuti dal nostro Codice professionale (vCAvv) agli art. 11, 12 e 13, rispettivamente dall'art. 158 del Codice penale, che reprime l'amministrazione infedele.

L'attuale Codice professionale riprende la norma dell'art. 12 vCAvv, con l'introduzione del conflitto con interessi propri, seguendo in questo l'art.11 CSD.

1.4 Pubblicità

“L'avvocato può pubblicizzare i servizi offerti, sempre che la pubblicità si limiti a fatti oggettivi e risponda ai bisogni di informazione del pubblico.” (art. 12 d) LLCA)

Dal momento che è garantita la libera circolazione degli avvocati, i clienti devono poter disporre di informazioni che consentano loro di scegliere il proprio mandataro con cognizione di causa.

La norma è completata dai concetti già elaborati dalla FSA e ripresi dall'art. 16 CSD, ovvero quelli del segreto professionale e rispettivamente del riserbo e della dignità giusta l'art. 11 CAvv.

La LLCA rinuncia a definire i limiti riferendosi alla dignità professionale, ritenendo questa nozione troppo imprecisa.

Sarà dunque possibile rendere pubblico ciò che occorre per informare in maniera oggettiva.

Il Tribunale federale si è già espresso su questi criteri a proposito della pubblicità dei farmacisti (cfr. DTF 123 I 201).

La pubblicità dev'essere compatibile con la dignità della professione, secondo concetti da tempo radicati, segnatamente per quanto concerne il contenuto del messaggio, la sua forma, il suo supporto, il suo vettore, la frequenza della sua diffusione e la cerchia dei destinatari.

Risulta chiaramente vietata la pubblicità invadente, aggressiva, nonché l'accaparramento di clienti, giusta l'art. 11 cpv. 3 CAvv.

1.5 Divieto del pactum de quota litis

“Prima della conclusione di una causa, l'avvocato non può stipulare un accordo nel quale il suo cliente si impegni a versargli parte dei proventi della causa, anziché onorari; non può inoltre impegnarsi a rinunciare all'onorario in caso di soccombenza.” (art. 12 e) LLCA)

È il divieto già previsto dalla maggior parte degli ordinamenti cantonali e internazionali (cfr. art. 22 cfr. 3 CAvv, 19 CSD e 3.3 CCBE).

1.6 Obbligo di disporre di un'assicurazione RC

“L'avvocato deve essere assicurato contro le conseguenze della sua responsabilità civile professionale secondo la natura e

l'entità dei rischi connessi con la sua attività; la copertura assicurativa deve ammontare almeno a 1 milione di franchi all'anno; in luogo dell'assicurazione di responsabilità civile possono essere fornite garanzie equivalenti." (art. 12 f) LLCA) Quest'obbligo era già previsto dalla vecchia Legge sull'avvocatura (cfr. art. 3 lett. g) vLAvv, 1 lett. f), 38, 39 e 40 vRAvv), con un limite maggiore, che converrebbe comunque mantenere.

La copertura assicurativa minima è ora fissata a fr. 1'000'000.--.

Una modifica della LLCA, attualmente davanti alle Camere, prevede lo stesso obbligo quale condizione per l'iscrizione nel registro (art. 8 cpv. 1 lett. e) disegno LLCA).

1.7 Difese d'ufficio e gratuito patrocinio

"L'avvocato è tenuto ad assumere le difese d'ufficio e ad accettare i mandati di gratuito patrocinio nel cantone nel cui registro è iscritto." (art. 12 g) LLCA)

Quest'obbligo è diventato una regola professionale, quale corollario del monopolio riservato agli avvocati per il patrocinio nell'ambito civile e penale.

I cantoni hanno la facoltà di regolamentarne le modalità e le condizioni, ciò che la LAVv ha fatto all'art. 13, mentre il nostro codice professionale lo fa all'art. 15, nel capitolo concernente i doveri verso il cliente.

1.8 Custodia degli averi del cliente

"L'avvocato custodisce separatamente dal proprio patrimonio gli averi che gli sono affidati." (art. 12 h) LLCA)

L'obbligo è pure conosciuto a livello internazionale (cfr. art. 3.8 CCBE) e dal Codice svizzero di deontologia (cfr. art. 23 CSD) ed è nuovamente ripreso ed esplicitato all'art. 16 CAvv.

1.9 Informazione sugli onorari

"All'atto dell'accettazione del mandato l'avvocato spiega al cliente i principi della fatturazione; lo informa inoltre regolarmente, o su sua domanda, circa l'importo degli onorari dovuti." (art. 12 i) LLCA)

Questa regola professionale deriva dall'obbligo di rendiconto. L'informazione deve essere effettuata al momento dell'accettazione del mandato, per chiarire subito i rapporti con il proprio cliente.

Il nostro codice professionale prevede all'art. 13 che l'avvocato stabilisca con il cliente relazioni chiare e gli debba fedeltà. Questa è una norma base nel rapporto di mandato e vale evidentemente anche per quanto concerne le informazioni sugli onorari dovuti.

1.10 Modifiche delle indicazioni del registro

"L'avvocato comunica all'autorità di sorveglianza qualsiasi modifica relativa alle indicazioni del registro che lo concernono." (art. 12 j) LLCA)

La norma, dal chiaro tenore, serve all'autorità di sorveglianza per seguire costantemente le condizioni di iscrizione a registro. La stessa vale evidentemente anche per gli avvocati iscritti all'albo pubblico giusta gli art. 37 e seg. RAvv, come pure per gli avvocati prestatori di servizi giusta gli art. 40 e seg. RAvv.

2. SEGRETO PROFESSIONALE (art. 13 LLCA)

Con l'adozione della Legge sugli avvocati, la questione del segreto professionale assurge a regola a sé stante, con una norma di diritto federale distinta dal resto delle regole professionali, così da sottolineare in modo particolare l'obbligo imposto all'avvocato quale caratteristica centrale della professione.

In questo modo la legge ha introdotto una

protezione accresciuta del cliente, che rimane così coperto da un ulteriore obbligo imposto all'avvocato. Con questa regola, che è unica, l'avvocato non potrà essere costretto da alcuna autorità a rivelare un segreto professionale, contro la promessa espressa o tacita fatta al cliente di salvarlo.

La novità della norma consiste nella definizione del concetto di segreto professionale per l'avvocato, nella fissazione dell'obbligo senza limite di tempo, nei confronti di tutti e, finalmente e specialmente, nell'affidamento allo stesso avvocato del giudizio sulla divulgazione o meno del segreto professionale, nonostante un'eventuale dispensa da parte del cliente.

Con la nuova norma, la responsabilità dell'avvocato è accresciuta, con possibili conseguenze, soprattutto civili e disciplinari.

3. APPLICABILITA'

La Legge sugli avvocati si applica, come visto, ai titolari di una patente di avvocato che esercitano la rappresentanza in giudizio in Svizzera, nell'ambito del monopolio definito dalla legge cantonale (art. 2 LLCA, art. 1 LAVv).

Sottostanno quindi alle regole professionali gli avvocati che sono iscritti nel Registro cantonale degli avvocati, gli avvocati iscritti nell'Albo pubblico degli avvocati degli Stati membri dell'Unione europea o dell'Associazione europea di libero scambio, autorizzati a esercitare permanentemente la rappresentanza in giudizio in Svizzera, con il loro titolo professionale di origine e gli avvocati membri di uno Stato dell'UE o dell'AELS, che forniscono in Svizzera una prestazione di servizio ai sensi della LLCA.

La qualifica di avvocato, nel libero eserci-

zio professionale, spetta unicamente a chi soddisfa una di queste condizioni e soggiace di conseguenza alle autorità cantonali di sorveglianza.

I praticanti di uno studio di avvocatura nel cantone, iscritti nell'apposito elenco, sono ammessi ad assistere le parti nell'ambito del monopolio e sottostanno quindi alle regole professionali.

4. AUTORITA' DI SORVEGLIANZA

La Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati (CD) esercita quale istanza inferiore il potere disciplinare sugli avvocati e sui praticanti per tutte le violazioni da essi commesse alla LLCA, alla LAVv e ad altre leggi cantonali e federali, al RAVv, alle norme deontologiche e allo Statuto (art. 18, 24 cfr. 1, 25 cfr. 2 LAVv).

La Camera per l'avvocatura e il notariato decide quale autorità cantonale di ultima istanza (art. 86 cpv. 1 lett. d) LTF) i ricorsi presentati contro le decisioni della Commissione di disciplina (art. 31 LAVv). Con l'introduzione della Legge sugli avvocati, il cantone ha adattato la Legge sull'avvocatura, promulgata in data 16 settembre 2002 e il Tribunale d'appello ha emanato un nuovo Regolamento sull'avvocatura in data 28 ottobre 2002.

L'Ordine degli avvocati ha da parte sua adottato un nuovo Codice professionale l'11 novembre 2004, approvato dal Tribunale d'appello il 16 giugno 2005 ed entrato in vigore il 19 agosto 2005.

III. DOVERI DELL'AVVOCATO

A. Secondo la Legge sulla libera circolazione degli avvocati

I doveri sono previsti dalle regole professionali all'art. 12 LLCA e dalla norma che regola il segreto professionale all'art. 13 LLCA.

B. Secondo la Legge sull'avvocatura

La norma basilare è dettata dall'art. 11 LAVv che obbliga l'avvocato a esercitare la professione con cura e diligenza, in piena indipendenza e a dimostrarsi degno della considerazione che questa esige, tanto nell'esercizio delle funzioni di cui gli è riservato il monopolio quanto nell'ulteriore sua attività professionale e in genere nel suo comportamento.

La norma ha ripreso l'art. 7 vLAVv con i concetti basilari per la professione relativi alla cura, alla diligenza e indipendenza secondo le regole espresse dall'art. 12 lett. a) e b) LLCA. Questa regola è conosciuta anche dal Codice deontologico degli avvocati europei, adottato a Lione il 28 ottobre 1988 dalla Sessione plenaria del CCBE, all'unanimità delle Delegazioni nazionali degli avvocati dei 12 paesi della Comunità europea.

La norma ribadisce anche il concetto dell'indipendenza previsto dalla legge federale (cfr. m.LLCA n. 233.3).

La regola di comportamento è prevista dal Codice professionale (CAvv) all'art. 4, che riprende e completa la regola professionale dell'art. 12 lett. a) LLCA, con concetti da tempo acquisiti e radicati nell'ambito della nostra professione, ovvero l'esercizio coscienzioso della stessa e in conformità all'ordinamento giuridico, avvalendosi solo di mezzi consentiti dalla legge, rinnovando quanto già contemplato dagli art. 3 e 4 vCAvv.

C. Secondo il Codice professionale

Il Codice professionale suddivide in sei capitoli gli obblighi deontologici che caratterizzano la professione di avvocato:

- 1) Principi generali (art. 1 – 3)
- 2) Esercizio della professione (art. 4 – 12)
- 3) Doveri verso il cliente (art. 13 – 24)
- 4) Doveri verso i colleghi (art. 25 – 29)
- 5) Doveri verso i giudici e le autorità (art. 30 – 33)
- 6) Avvocati stranieri e di altri cantoni (art. 34)

1. PRINCIPI GENERALI (art. 1-3 CAvv)

I tre articoli riprendono in sunto il senso delle norme deontologiche, con il richiamo delle norme che disciplinano le attività dell'avvocato, di quanto già previsto dall'art. 11 LAVv, dalla dichiarazione di fedeltà giusta l'art. 33 RAVv, dai trattati e dalle norme internazionali (cfr. 11 LAVv, 34 RAVv, m.LLCA 51 e seg.)

Il messaggio sulla LLCA è esplicito sull'obbligo dell'avvocato iscritto in un registro cantonale al rispetto delle regole professionali per tutte le sue attività, compresa la consulenza giuridica (cfr. m.LLCA 13, 233.1, 11 LAVv, mLAVv ad art. 19).

2. ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE (art. 4-12 CAvv)

Questo capitolo tratta le norme basilari che concernono l'esercizio della professione. Le stesse si rifanno a concetti da tempo acquisiti e radicati.

2.1 Cura e diligenza (art. 4 CAvv)

La norma integra e completa la regola professionale generale prevista dall'art. 12 lett. a) LLCA, aggiungendo l'obbligo di esercitare secondo coscienza e di accettare unicamente mandati che non contrastano l'ordinamento giuridico. Questi con-

cetti sono impliciti e fanno oramai anche parte delle regole non scritte della nostra professione.

L'avvocato è libero nella scelta dei mezzi ritenuti maggiormente idonei alla salvaguardia degli interessi del cliente o che ritiene compatibili con i doveri di patrocinio.

2.2 Indipendenza dell'avvocato **(art. 5 CAvv)**

L'art. 5 CAvv precisa che l'avvocato esercita la sua professione in piena indipendenza a proprio nome e sotto la propria responsabilità. Si richiama quanto è stato detto al capitolo II n. 1.2, aggiungendo che l'indipendenza va intesa in quattro diverse direzioni:

- nei confronti dell'autorità pubblica,
- nei confronti del mandante,
- nei confronti dei terzi,
- nei confronti del proprio datore di lavoro.

2.2.1 Indipendenza verso la pubblica autorità

In linea di principio qualsiasi rapporto di dipendenza da una pubblica autorità (Stato, Comune, Consorzio, ecc.) è incompatibile con l'esercizio dell'avvocatura (art. 8 cfr. 1 lett. d) LLCA).

Ciò vale a qualsiasi livello e quindi non soltanto per i dipendenti dello Stato.

Per rapporto di dipendenza va inteso un rapporto contrattuale di lavoro.

Non è però incompatibile l'esistenza di uno o più rapporti di mandato, anche se duraturi, come è ad esempio il caso di membri di commissioni permanenti, di autorità di vigilanza, indipendentemente se retti dal diritto privato o dal diritto pubblico.

Non lo è, ovviamente, l'incarico di patrocinatore d'ufficio anche se emanante da

un organo pubblico e retribuito dallo Stato.

Il patrocinatore d'ufficio mantiene la sua completa indipendenza e assume nei confronti del patrocinato gli stessi doveri che gli deriverebbero da un mandato di fiducia, retto dal diritto privato (cfr. DTF 106 Ia 104 e seg., cons. 6b).

Come si vedrà più sotto, ad 2.2.3, il Tribunale federale ha aperto l'interpretazione all'assenza di ogni legame che esponga l'avvocato nell'esercizio della professione, a qualsiasi influenza da parte di un terzo non iscritto in un registro cantonale.

2.2.2 Indipendenza verso il mandante

L'indipendenza si manifesta, avantutto, nella libertà per l'avvocato di accettare o non accettare il mandato.

Eccezion fatta per il patrocinio d'ufficio (art. 12 lett. g) LLCA), l'avvocato è libero nella scelta del cliente.

L'indipendenza si manifesta anche nella fase esecutiva del mandato.

L'avvocato deve, in ogni caso, mantenere una certa distanza dal cliente se questo intende intraprendere atti o assumere comportamenti che possano nuocere alla sua dignità professionale o personale (cfr. Sterchi: Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, pag. 32, 33, BOA n. 13 pag. 19).

L'indipendenza nel mandato deve sussistere anche dal profilo finanziario.

È così ritenuto contrario all'etica professionale il cosiddetto "pactum de quota litis", o l'impegno di assumere in proprio le spese del processo o di un atto giudiziario in caso di soccombenza (cfr. art. 12 e) LLCA e 22.3 CAvv, Sterchi: op. cit. pag. 33/34).

Non lede, per contro, il principio dell'indipendenza la partecipazione dell'avvoca-

to a un'attività commerciale o industriale del cliente.

Nulla impedisce all'avvocato, membro di un consiglio di amministrazione, di patrocinare la società in un'azione giudiziaria verso un terzo. Il TF lo ammette pur rilevando che occorre valutare, caso per caso, l'intensità del legame dell'avvocato con la società da lui patrocinata (cfr. DTF 98 Ia 361 e seg.).

2.2.3 Indipendenza nei confronti dei terzi

Nella sentenza del 29 gennaio 2004 (2A.110/2003) già citata (cfr ad 1.2), il Tribunale federale ha emanato una decisione basilare concernente l'iscrizione di avvocati dipendenti nel registro degli avvocati.

Quale guida per l'iscrizione nel registro ci sono tre criteri: indipendenza, divieto di collisione di interessi e mantenimento del segreto professionale. Su questa trilogia di criteri chiave si basa l'iscrizione nel registro degli avvocati giusta l'art. 8 cfr. 1 lett. d) LLCA e quindi la libera rappresentanza delle parti in tutta la Svizzera.

Per il Tribunale federale è determinante finalmente che l'avvocato possa dimostrare di non essere minacciato da nessuna limitazione alla sua indipendenza.

Questa interpretazione dell'alta Corte è stata fondata sul principio che la Legge sugli avvocati, che tende a una liberalizzazione, avrebbe altrimenti avuto come conseguenza una limitazione della libertà di commercio che non sarebbe più stata giustificata dall'interesse pubblico.

L'indipendenza istituzionale significa quindi, sempre secondo il Tribunale federale, che la mancanza di indipendenza deve essere supposta, quando i mandati siano in connessione con l'impiego.

Sta all'avvocato l'obbligo di dimostrare la

sua indipendenza malgrado il rapporto con un datore di lavoro, rapporto che può anche essere a tempo pieno.

Per indipendenza si intende comunque l'assenza di ogni legame che esponga l'avvocato, nell'esercizio della professione, a qualsiasi influenza da parte di un terzo non iscritto in un registro cantonale. Il principio dell'indipendenza fa stato anche per l'avvocato operante al di fuori di una procedura giudiziaria (cfr. CD n. 124 in BOA 7 pag. 17).

2.3 Segreto professionale (art. 6 CAvv)

Si richiama a questo punto quanto già detto sopra sub. II.2 e la pubblicazione n. 32 "Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio" nella collana rossa della CFPG. Il segreto professionale riguarda tutta l'attività specifica dell'avvocato e si estende a tutto ciò che lo stesso apprende nell'esercizio del suo mandato. Questi sono concetti sviluppati dalla giurisprudenza, per permettere al cliente di accedere liberamente al diritto e alla giustizia.

Il segreto professionale non è concepito per proteggere l'avvocato.

2.4 Dignità professionale (art. 7 CAvv)

La norma dell'art. 7 CAvv concerne il comportamento dell'avvocato non soltanto per quanto attiene la sua attività professionale, ma anche quella privata, imponendogli un comportamento che non sia lesivo, agli occhi dei terzi, della fiducia e della dignità della professione.

L'avvocato deve poter avere, specie nella sua attività privata e politica, un ampio raggio di libertà e di autonomia.

Sono quindi da considerare lesivi della dignità professionale gli atti o i comportamenti idonei a distruggere od offuscare il rapporto di fiducia tra il cliente e l'avvocato che lo rappresenta.

Sono tali, condanne penali relative a reati patrimoniali, a reati intenzionali di particolare gravità (omicidio, assassinio, ecc.) o che sono, per loro natura, incompatibili con la funzione di avvocato o lesivi della sua buona reputazione o condotta (es. appropriazione indebita qualificata, amministrazione infedele, bancarotta fraudolenta, falsa testimonianza).

(cfr. Sterchi: op.cit. pag. 29 e casistica ivi citata, CAN, 10.9.1986 in re X, CD n. 58 del 19.9.1988 in re X).

2.5 Componimento bonale delle controversie (art. 8 CAVv)

L'art. 8 CAVv impone all'avvocato di favorire il componimento bonale delle vertenze, quando ciò appaia nell'interesse del cliente.

Ciò implica il dovere di non ostacolare trattative transazionali nell'intento di beneficiare di un onorario maggiore.

Una nuova norma, al cpv. 2, ripresa dai suggerimenti della FSA, concerne l'obbligo di tener conto di una mediazione in corso auspicata dalle parti. Questo principio è un'applicazione particolare della regola generale del cpv. 1.

Il cpv. 3 rappresenta un corollario del principio della buona fede procedurale. Le proposte di transazione sono infatti sempre formulate con la riserva esplicita o tacita che, in caso di mancata accettazione, saranno ritenute nulle e non avvenute.

2.6 Libera scelta dell'avvocato (art. 9 CAVv)

Il principio era già conosciuto dall'art. 15 vCAvv ed è un corollario della libertà di mandato.

2.7 Contatto con testimoni (art. 10 CAVv)

La norma dell'art. 10 CAVv riprende la

norma del vecchio Codice professionale, che ha dato buona prova, facendo chiarezza.

Il contatto è possibile con persone che potrebbero entrare in considerazione quali testimoni, quando ciò sia necessario per la condotta del processo. Si tratta beninteso di solo contatto e non di un interrogatorio preventivo.

Sarà quindi ammissibile unicamente accertare se un possibile teste abbia o meno vissuto un certo fatto, evitando ogni atto che possa influenzarlo.

Rimane, per contro, sempre vietato il contatto con i testi che già hanno acquisito tale veste per essere già stati indicati al giudice civile all'udienza preliminare, oppure che sono già stati citati come tali dal magistrato penale (cfr. CD n. 100 del 22.10.91 in re X).

2.8 Pubblicità e relazioni con il pubblico (art. 11 CAVv)

La norma dell'art. 11 CAVv, che riprende gli art. 7, 8 e 9 vCAvv, ripropone al cpv. 1 la regola basilare sulla pubblicità per tutti gli avvocati che operano nel nostro cantone nell'ambito del monopolio.

Secondo questi articoli il Consiglio dell'ordine si è orientato per emanare l'attuale direttiva relativa al nome degli studi, carta da lettera, opuscoli, insegne di studio, siti internet, annunci su elenchi e altre pubblicazioni del 17 aprile 2007.

Destinatario della pubblicità è il pubblico, il quale ha diritto a una corretta informazione, ovvero a un'informazione veritiera, oggettiva e che corrisponda alla realtà. Nel secondo paragrafo dell'art. 11 CAVv si sottolineano i criteri guida per la realizzazione della pubblicità.

Ancora una volta viene evidenziato il concetto basilare del rispetto della dignità della professione, riprendendo quello di

lealtà, che vale sia nell'espone i propri meriti, sia nei confronti dei colleghi e dei terzi, richiamando inoltre l'obbligo di discrezione, cioè il riserbo nell'apparire nei confronti del pubblico.

La pubblicità deve essere veritiera, ovvero evidenziare unicamente i punti che corrispondono effettivamente alla situazione reale dell'avvocato e finalmente salvaguardare scrupolosamente il segreto professionale.

Ciò significa ad esempio che il nome del cliente non può essere fatto nemmeno con il consenso di quest'ultimo. I criteri della dignità della professione e della salvaguardia del segreto professionale sono pure previsti dal Codice svizzero di deontologia. Questi criteri sono ripresi nella maggior parte dei paesi europei, per cui fanno parte del bagaglio comune a tutti gli avvocati.

Il terzo capoverso qualifica in linea generale gli atti che non sono ritenuti leciti.

Il codice professionale indica quindi quali siano i divieti imposti all'avvocato, ovvero ciò che non può essere assolutamente tollerato. Gli atti invadenti non sono ammessi nemmeno dai paesi anglosassoni, come ad esempio dalla Gran Bretagna e ovviamente non lo sono nemmeno dagli altri paesi europei (Italia, Francia, Spagna, Belgio, Olanda e Germania).

La norma serve all'interpretazione dell'art. 12 lett. d) LLCA.

La pubblicità è quindi ammessa nei limiti di una necessaria informazione al pubblico, vietando la pubblicità invadente e l'accaparramento di clienti.

Il Tribunale federale ha riassunto i propri concetti in materia nella DTF 123 I 12, escludendo la possibilità di una pubblicità vistosa, sottolineando la necessità di ossequiare i bisogni del pubblico all'informazione oggettiva.

Nel rapporto finale del 9 settembre 1998 la Commissione speciale dell'Ordine degli avvocati di Parigi, in materia di pubblicità, concludeva con il seguente testo, ripreso da quanto scriveva l'avv. Juan Antonio Cremades, membro del Consiglio, sul Bulletin du Bâtonnier del 15 novembre 1993:

“Que nul ne se trompe. Certaines publicités, toutes licites qu'elles soient, ne sont en fait qu'une contre-publicité évidente pour ceux qui les font. La médiocrité, même à grands frais, n'a jamais permis de créer une clientèle.

La meilleure publicité est celle du travail et du talent.”

2.9 Studio professionale (art. 12 CAvv)

Secondo l'art. 5 LLCA l'avvocato ha l'obbligo di avere un proprio indirizzo professionale.

Con la norma dell'art. 12 CAvv si ripropone la regola atta a salvaguardare la discrezione e il segreto professionale imposti all'avvocato, grazie a una logistica a sé stante.

3. DOVERI VERSO IL CLIENTE (art. 13-24 CAvv)

Il capitolo C) del Codice professionale sottolinea tutti i doveri già conosciuti dal vecchio codice, rispettivamente raccolti in altre norme o ripresi dalle consuetudini, per fare chiarezza e per indicare all'avvocato in modo positivo il comportamento da tenere.

3.1 Mandato (art. 13 CAvv)

La fedeltà dovuta al cliente è uno degli obblighi base, legati al segreto professionale dell'avvocato.

L'obbligo di chiarezza nei confronti del

cliente costituisce pure uno dei principi cardine della professione.

Il cliente deve sapere se e in quale misura l'avvocato ha assunto il mandato, continua a farlo e segua o meno le indicazioni. Ecco che bisogna esigere un continuo flusso di informazioni, risposte chiare e precise prese di posizione.

La norma non riprende più l'art. 12 lett. i) LLCA che è già esplicita senza ulteriori spiegazioni.

Fa quindi parte della chiarezza anche la spiegazione al cliente dei principi della fatturazione e rispettivamente la regolare informazione sull'importo degli onorari dovuti.

La norma del CAvv concerne di per sé l'obbligo di rendiconto secondo le norme del Codice delle obbligazioni.

3.2 Rinuncia al mandato (art. 14 CAvv)

La norma corrisponde a quanto più volte statuito dalla giurisprudenza. La stessa è prevista anche dal CSD.

Il mandato può, in virtù dell'art. 404 CO, essere revocato in ogni tempo sia da parte del mandatario, sia del mandante.

Anche l'avvocato può, di conseguenza, rinunciare in ogni tempo al mandato conferitogli dal cliente. Ma tale rinuncia non può avvenire in tempo inopportuno, come precisa lo stesso CO (art. 404 cpv. 2).

In caso contrario l'avvocato (come qualsiasi altro mandatario) è non soltanto tenuto a risarcire i danni al mandante, ma può incorrere in un procedimento disciplinare per violazione dell'art. 12a) LLCA.

3.3 Assistenza giudiziaria (art. 15 CAvv)

La norma riprende l'art. 17 CSD, salvo il secondo capoverso concernente la diligenza nei mandati d'ufficio, ritenuto un principio ovvio.

Pacifico e sottolineato dalla giurisprudenza è oramai il fatto che, in caso di assistenza giudiziaria, non possano essere chiesti al cliente onorari integrativi a quanto fissato dall'autorità.

3.4 Beni del cliente (art. 16 CAvv)

La norma era già conosciuta dall'art. 13 vCAvv. Ora è assunta a regola professionale federale (art. 12 h) LLCA) e merita quindi l'approfondimento e le precisazioni giusta l'art. 16 CAvv.

L'obbligo di fedeltà comporta per l'avvocato la diligente custodia dei beni che il cliente gli affida e l'obbligo di restituzione al termine del mandato (art. 400 cpv. 1 CO, 14 LAvv).

La restituzione concerne gli oggetti e i documenti consegnati dal cliente, ma non gli allegati allestiti o le lettere redatte dall'avvocato a tutela degli interessi del cliente, che possono essere trattenuti fino a pagamento della nota professionale, dopo di che l'incarto va consegnato aggiungendo eventuali spese (AGK n. 35 ad art. 12).

La restituzione degli oggetti e dei documenti del cliente deve essere immediata e non può essere dilazionata nel tempo o sottoposta a condizioni (art. 14 cfr. 2 LAvv, CD n. 110 in BOA n. 5 pag. 17, n. 135 in BOA n. 8 pag. 9, n. 173 del 25.9.96 in re F).

3.5 Decesso dell'avvocato (art. 17 CAvv)

La nuova norma è ritenuta particolarmente importante perché l'avvocato predisponga la salvaguardia degli interessi dei clienti e del segreto professionale in caso di suo decesso.

Non sarà pertanto sufficiente né ammissibile immaginare che gli eredi possano occuparsi direttamente della gestione o

della liquidazione dello studio legale.

Gli eredi (moglie, figli, genitori o istituiti) non sono certo tenuti all'obbligo del segreto professionale.

L'avvocato dovrà quindi pensare al proprio personale, che certamente è sottoposto all'obbligo del segreto, a colleghi, ad associati, o ad altre soluzioni a salvaguardia degli interessi dei clienti e del segreto professionale.

3.6 Conflitti di interesse (art. 18 CAvv)

La norma dell'art. 18 deriva dall'obbligo di fedeltà e di segretezza.

L'avvocato è soggetto ai seguenti obblighi:

- non assistere due parti i cui interessi siano contrastanti,
- non prestare la propria opera o il consiglio a due parti litiganti nella stessa causa,
- non assistere col patrocinio una parte nella causa in cui ha precedentemente assistito la parte contraria,
- non assumere mandati di qualsivoglia natura da una controparte,
- evitare ogni conflitto fra gli interessi del cliente, i propri e quelli di altre persone con le quali intrattiene rapporti professionali o privati.

Si vuole così garantire, nel modo più ampio possibile, il dovere di fedeltà dell'avvocato verso il cliente. Deve essere evitata l'insorgenza di conflitti di interesse al momento dell'esecuzione del nuovo mandato.

(cfr. Sterchi: op. cit. pag. 59 e seg. e casistica ivi menzionata, Rep. 1985, pag. 362 (conflitto di interesse futuro e probabile), CAN n. 476 del 12.6.1987, CD n. 127 del 25.10.1991 in re X, n. 150 in BOA n. 10 pag. 13).

In questo contesto sono fatte salve le spe-

ciali norme concernenti la mediazione secondo le Direttive della FSA (cfr. art. 18 cpv. 2 CAvv).

Nell'ambito della mediazione l'avvocato deve chiarire tale sua posizione, che è ancorata alla più stretta neutralità e indipendenza fra le parti, con una funzione di intermediario e con l'obbligo di informare entrambe a proposito dei rispettivi diritti e doveri.

In caso di interruzione, o al termine della mediazione, l'avvocato mediatore non potrà rappresentare in giudizio una delle parti o consigliarla unilateralmente in qualità di avvocato.

È invece lecito rappresentare in giudizio le due parti (segnatamente nelle procedure di diritto di famiglia, p. es. per ottenere l'omologazione giudiziaria di una convenzione di divorzio), a condizione che le norme di procedura cantonali lo consentano e che entrambe auspichino un tale patrocinio comune.

3.7 Pluralità di clienti e mandati precedenti (art. 19 e 20 CAvv)

Si basa sugli stessi principi di fedeltà e segretezza dovuti al cliente.

Va ricordato che il segreto professionale è dovuto al cliente e non al mandato o al tipo di mandato ed è dovuto anche se l'avvocato non assume il mandato che gli viene proposto.

Queste norme sono pure applicabili alle associazioni di avvocati (art. 21 CAvv).

3.8 Onorari (art. 22 CAvv)

La tariffa dell'Ordine degli avvocati è stata abrogata dalla L. 24.10.2007 in vigore dal 1.1.2008. L'onorario dell'avvocato è ora retto dall'accordo tra l'avvocato e il cliente, con la riserva del rispetto delle regole professionali e deontologiche (art. 15a LAvv).

L'obbligo giusta l'art. 12 lett. i) LLCA di spiegare i principi della fatturazione all'atto dell'accettazione del mandato è chiaro, come visto sopra, secondo la regola professionale della LLCA.

La norma sottolinea il divieto di stipulare convenzioni che prevedano la partecipazione di terzi all'onorario, come pure di chiedere o riconoscere provvigioni o retrocessioni per mandati conferiti.

Il divieto del "pactum de quota litis" si riconduce all'art. 12 lett. e) LLCA.

Per quanto concerne gli anticipi (art. 23) cade l'obbligo di chiederli già previsto dalla tariffa, perché ora abbiamo la regola professionale giusta l'art. 12 lett. i) LLCA, circa la spiegazione al cliente dei principi della fatturazione e l'obbligo di informare regolarmente sull'importo degli onorari dovuti.

La specifica giusta l'art. 24 deve essere presentata al cliente gratuitamente, a richiesta (cfr. art. 5 TOA).

4. DOVERI VERSO I COLLEGHI (art. 25-29 CAvv)

I rapporti con i colleghi devono essere improntati al rispetto e alla collegialità.

L'avvocato deve di conseguenza mantenere anche verso i colleghi un comportamento corretto e dignitoso. La scelta dei mezzi di difesa ritenuti maggiormente idonei alla salvaguardia degli interessi del cliente deve avvenire entro i limiti della buona fede e della dignità professionale.

Determinazione ed energia nella difesa del cliente non devono, in ogni caso, essere lesive dell'onorabilità della controparte o del suo patrocinatore.

(cfr. DTF 106 Ia 104, 108 Ia 319, CD n. 121 del 25.10.1993, CD n. 194 del 22.10.1997 in re X).

Il principio della collegialità si traduce poi, dal profilo pratico, in alcune disposi-

zioni che sono elencate negli art. da 25 a 29 CAvv e che prevedono:

- l'obbligo di non rivolgere attacchi personali ai colleghi;
- la messa a disposizione, a richiesta, delle copie degli allegati;
- l'obbligo di non avvalersi di dichiarazioni o ammissioni fatte dal collega di parte avversa nelle trattative di componimento bonale (art. 25);
- l'invito a informare il precedente legale in caso di assunzione di un mandato, cercando di favorire la liquidazione della sua nota professionale, riservate evidentemente le regole sul segreto professionale (art. 26);
- il divieto di prendere contatto diretto con la controparte scavalcando il patrocinatore, a meno che quest'ultimo non sia consenziente (art. 27).

Gli art. 28 e 29 regolano i comportamenti da tenere in caso di controversie tra colleghi e in caso di assunzione di mandati contro colleghi.

In caso di violazione di una regola professionale da parte di un collega, l'avvocato si rivolge, avantutto, al presidente dell'Ordine. Ciò vale anche in caso di controversia personale.

Per quanto concerne i mandati assunti contro un collega, la prima regola base è quella dell'esame a sapere se, nell'interesse del cliente, una procedura contro il collega sia veramente necessaria.

In caso di vertenza civile l'avvocato ha unicamente l'obbligo di offrire al collega la possibilità di un componimento extragiudiziale della vertenza, senza notifiche al presidente.

Se si tratta di procedere con una denuncia o una querela penale, l'avvocato deve solo notificare il caso al presidente dell'Ordine. Questi è libero nella scelta del tipo dell'eventuale suo intervento.

5. DOVERI VERSO I GIUDICI E LE AUTORITA' (art. 30-33 CAVv)

5.1 Atteggiamento (art. 30 CAVv)

Il principio della dignità professionale deve regnare a maggior ragione nelle relazioni che l'avvocato ha con i magistrati e con le autorità. Il che non va interpretato quale misconoscimento del diritto di critica dell'avvocato nei confronti dell'operato del giudice.

L'avvocato è infatti a beneficio dei diritti costituzionali di libertà di stampa e di opinione. Egli è pertanto legittimato a esprimere critiche all'operato del giudice, a condizione tuttavia che ciò avvenga in modo dignitoso, moderando i toni e con obiettività.

Ciò vale sia per le critiche contenute in allegati ricorsuali, sia nei rapporti con la stampa.

Il TF ha così ritenuto che l'avvocato si esprime in modo contrario alla dignità professionale solo se le sue critiche vengono formulate sapendo di non dire il vero o in forma atta a ledere l'onore del magistrato, senza peraltro essere circoscritte ad affermazioni e valutazioni dei fatti.

(cfr. STF 27.6.1991 in re S, CD n. 115 del 19.5.1993 in re X, n. 166 del 26.2.1996 in re X, n. 180 del 23.1.1997 in BOA n. 13 pag. 14, 17 pag. 28).

5.2 Intralcio delle procedure (art. 31 CAVv)

Spetta all'avvocato vagliare i fatti, per portare davanti al giudice quelli che considera maggiormente idonei al raggiungimento dello scopo previsto. L'avvocato non è tenuto a esporre al giudice la verità oggettiva (cfr. DTF 106 Ia 105).

Nessun rimprovero può essergli mosso se, nell'esposizione dei fatti, enuncia circostanze che nel corso della causa non riesce

a provare (cfr. CD n. 116, 19.5.93 in re X), il che non legittima l'avvocato ad affermare fatti o circostanze che sa essere falsi o inveritieri, al fine di ottenere un giudizio più favorevole per il cliente (cfr. CD n. 120, 19.5.93 in re X).

È evidentemente preponderante l'obbligo di fedeltà e del segreto professionale al cliente e quindi l'obbligo di non esporre fatti che potrebbero nuocerli.

5.3 Mezzi illeciti (art. 32 CAVv)

Sempre per quanto attiene l'obbligo della dignità e del rispetto che l'avvocato è tenuto a mantenere nei confronti dell'autorità giudicante, l'art. 32 CAVv vieta il ricorso a mezzi illeciti o contrari alla dignità professionale, per ottenere dal giudice una sentenza favorevole.

Ciò comporta il divieto per l'avvocato di ricorrere a espedienti contrari ai principi della buona fede processuale come, ad esempio, l'esposizione di fatti che sa essere falsi (cfr. CAN n. 1601 in BOA n. 6 pag. 18).

La minaccia di denuncia penale rivolta a un magistrato viola gli art. 30 e 32 CAVv (cfr. CD n. 175 in BOA n. 13 pag. 9 e seg.).

5.4 Rapporti con i media e dichiarazioni pubbliche (art. 33 CAVv)

La norma costituisce un caso particolare del mezzo illecito e vuole evitare espressamente che l'avvocato commenti o evidenzi sui media procedimenti civili, penali o amministrativi pendenti.

I processi devono essere fatti dinanzi alle competenti istituzioni, senza tentare di influenzarle coinvolgendo l'opinione pubblica.

L'avvocato potrà però replicare ad attacchi personali, ad affermazioni dell'autorità o della controparte.

La norma corrisponde a giurisprudenza consolidata (cfr. CAN 18.2003.101 in re X).

Le libertà di opinione, di espressione, di industria e di commercio non sono assolute, ma soggiacciono a restrizioni che devono poggiare su una base legale sufficiente, essere sorrette da un interesse pubblico preponderante e risultare proporzionate allo scopo perseguito (cfr. CAN cit. ad 6.1, DTF 9.4.03 n. 2P.304/02 in re X, 106 Ia 108).

La libertà di espressione e di stampa può essere limitata nell'interesse dell'ordine pubblico allo svolgimento dei processi nelle debite sedi.

6. AVVOCATI STRANIERI E DI ALTRI CANTONI (art. 34 CAvv)

Giusta l'art. 4.1 CCBE l'avvocato che compare davanti a un giudice di uno Stato membro o prende parte a una procedura davanti a tale giudice, deve osservare le regole deontologiche applicabili davanti a quella giurisdizione.

Il cpv. 1 dell'art. 34 ricorda pertanto l'applicabilità delle regole professionali previste dalla LLCA, con la possibilità di far capo sia al CAvv, sia al CSD, sia al CCBE per la relativa interpretazione.

Lo stesso principio territoriale vale per gli avvocati di altri cantoni (cfr. 4.1 CCBE, 16 LLCA, 31 CSD).

7. ULTERIORI DOVERI DELL'AVVOCATO (art. 11 e 12 f) LLCA)

7.1 Uso del titolo professionale

Giusta l'art. 11 LLCA l'avvocato fa uso del suo titolo professionale di origine o del titolo equivalente del Cantone nel cui registro è iscritto.

Nelle relazioni d'affari menziona la sua iscrizione in un registro cantonale.

Per noi la menzione concerne l'iscrizione nel registro degli avvocati del Cantone Ticino (art. 10 LAvv).

7.2 Obbligo assicurativo

L'obbligo di copertura RC è ora una regola professionale (art. 12 f) LLCA) e un presupposto per l'iscrizione a registro (art. 8 cpv. 1 lett. e) disegno LLCA).

La copertura minima, fissata dalla legge federale, è di 1 milione di franchi all'anno. L'art. 44 RAvv, ora modificato, prevedeva una copertura minima di 2 milioni. L'esigenza federale sembra bassa.

7.3 Comunicazione modifiche

L'art. 12 j) LLCA impone l'obbligo di comunicare all'autorità di sorveglianza le modifiche relative alle indicazioni nel registro.

IV. MISURE DISCIPLINARI (art. 17 LLCA)

La Legge federale ha esteso le pene disciplinari prima conosciute dall'art. 24 vLAvv.

Quale minore sanzione è ora previsto l'avvertimento, mentre l'ammonimento è rimasto e la multa viene portata fino a fr. 20'000.–.

La sospensione dall'esercizio dell'avvocatura non vede più un minimo di 2 mesi e può essere estesa fino a 2 anni.

La massima misura disciplinare è quella del divieto definitivo di esercitare, prima non previsto quale pena disciplinare, ma unicamente quale misura da parte del Tribunale d'appello.

La multa può essere cumulata con la sospensione dall'esercizio dell'avvocatura o con il divieto definitivo di esercitare.

V. PROCEDURA**(art. 14 LLCA, art. 31 CSD)**

La Legge federale ha lasciato completa libertà ai cantoni di determinare la procedura e le autorità competenti alla sorveglianza, ai sensi dell'art. 14 LLCA.

Con la LAVv (art. 18), la competenza è stata data alla Camera per l'avvocatura e il notariato e rispettivamente alla Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati.

La Commissione di disciplina è l'autorità di prima istanza in materia disciplinare. Essa è composta del presidente dell'Ordine, di due membri e di due supplenti. Il presidente dell'Ordine fa parte di diritto della Commissione di disciplina, senza dover necessariamente fungere da presidente. I compiti della commissione sono definiti all'art. 25 cpv. 2 LAVv. Alla stessa vanno trasmessi tutti i reclami e le segnalazioni riguardanti le infrazioni commesse da avvocati (art. 25 cpv. 1).

La Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello è l'istanza di ricorso in materia disciplinare (art. 31 LAVv, 86 cpv. 1 lett. d) LTF), rispettivamente l'autorità amministrativa di sorveglianza (art. 30 LAVv).

Il procedimento è avviato presso la Commissione di disciplina su denuncia scritta del cliente o di un terzo, degli uffici dell'amministrazione pubblica, di un tribunale, d'ufficio oppure su richiesta dell'avvocato stesso.

Al denunciante deve essere data ampia possibilità di provare la sua denuncia; per il resto, egli non ha qualità di parte nel procedimento.

In caso di denuncia manifestamente infondata, al denunciante possono essere accolte spese di procedura. In quel caso è legittimato a ricorrere, senza con ciò acquisire qualità di parte.

Il procedimento disciplinare è dominato dalla massima dell'ufficialità.

La sorveglianza disciplinare è destinata a tutelare, per sua stessa natura, l'interesse pubblico all'esercizio irreprensibile dell'avvocatura e non interessi meramente privati. La procedura ha per scopo di sanzionare gli avvocati che contravvengono ai propri obblighi deontologici o professionali e non di sopprimere eventuali pregiudizi subiti da terzi, in relazione al comportamento criticato. Ne deriva che, secondo consolidata giurisprudenza, né terze persone in genere, ma neppure eventuali denunciante, sono lesi nei loro interessi giuridicamente protetti dall'abbandono del procedimento o dalla rinuncia dell'autorità preposta a dar seguito alla segnalazione (STF 2A.284/2003 e 2P.163/2003 cons. 4.4).

Da questo principio deriva la norma della mancanza di qualità di parte per il denunciante.

VI. ORDINE E NORME DEONTOLOGICHE

La Commissione di disciplina ha il compito delicato di controllare in prima istanza in modo esclusivo la professione, nel rispetto di principi stretti, la cui violazione viene sanzionata in piena indipendenza, a garanzia del corretto esercizio della avvocatura e quindi della fiducia del pubblico nei propri rappresentanti.

Secondo il messaggio concernente la Legge sugli avvocati (m.LLCA ad 13) vi sono tre tipi di attività svolte dagli avvocati: le attività professionali protette da un monopolio, le attività caratteristiche dell'avvocato, ma non protette da un monopolio e, infine, le attività che non rientrano nella professione d'avvocato. L'attività extragiudiziale degli avvocati sta oggi

diventando viepiù importante. Nella sua veste di consulente giuridico, l'avvocato non beneficia tuttavia del monopolio generalmente riconosciutogli nell'ambito della sua attività giudiziaria, pur essendo soggetto alle autorità di sorveglianza e tenuto a rispettare le regole professionali per tutte le sue attività. Se è prestata da un avvocato indipendente, la consulenza giuridica viene assoggettata alle regole professionali e alla sorveglianza disciplinare. In effetti, l'avvocato si presenta come tale al pubblico, che non può distinguere quando questi debba essere soggetto alle regole e quando no.

Quale corporazione di diritto pubblico, come in quasi tutti gli stati europei, salvo 24 cantoni e semicantoni svizzeri e la Norvegia e quale organizzazione nel contesto sociale, l'Ordine degli avvocati risponde a un bisogno dello Stato. Abbiamo a che fare con professionisti con conoscenze nel campo del diritto, che sottostanno a esami approfonditi sulle più diverse materie. L'avvocato è una persona che offre al pubblico prestazioni professionali specifiche ed è quindi degno, come tale, di fiducia. I presupposti per essere una persona degna di fiducia sono quelli di sottostare a strutture di vigilanza e di rispettare regole legate a sanzioni.

La Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati rende ora le regole professionali di portata generale e obbligatoria, per cui potrà essere riesaminata la questione della coattività dell'Ordine, che aveva comunque ragione d'essere secondo la vecchia legge cantonale (cfr. art. 14 vLAvv). Ciò nulla toglie al carattere di diritto pubblico che gli è riconosciuto e che rimane opportuno.

ABBREVIAZIONI

AGK	Fellmann/Zindel Kommentar zum Anwalts-gesetz
BOA	Bollettino a cura dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino
CAN	Camera per l'avvocatura e il notariato
CAN ...	Sentenza della Camera per l'avvocatura e il notariato di data ...
CAvv	Codice professionale dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (RL 3.2.1.1.4)
CCBE	Codice di deontologia degli avvocati europei – Consiglio degli ordini forensi europei
CD	Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati
CD n. ...	Decisione della Commissione di disciplina n. ...
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
CSD	Codice svizzero di deontologia
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale
FSA	Federazione svizzera degli avvocati
LAvv	Legge sull'avvocatura (RL 3.2.1.1)
LLCA	Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati – Legge sugli avvocati (RS 935.61)
LTF	Legge sul Tribunale federale (RS 173.110)
m.LLCA	Messaggio concernente la Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati (99.027)
n.	Numero/i
RAvv	Regolamento sull'avvocatura (RL 3.2.1.1.1)
Rep	Repertorio di giurisprudenza patria
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
STF	Sentenza del Tribunale federale
TAGR	Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili (RL 3.1.1.7.1)
vCAvv	vecchio Codice professionale dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (4.12.1971)
vLAvv	vecchia Legge sull'avvocatura (15.3.1983)
vRAvv	vecchio Regolamento di applicazione della legge sull'avvocatura (21.9.1984)

Problemi aperti quo alla RETRIBUZIONE DELL'AVVOCATO

Marco Frigerio, avvocato

- 1. Premessa**
- 2. La retribuzione**
 - 2.1 In caso di accordo
 - 2.2 Nel caso in cui non vi sia accordo
 - 2.3 Autorità competente in caso di lite
- 3. Il regolamento del Consiglio di Stato**
 - 3.1 Le ripetibili
 - 3.2 Il patrocinio d'ufficio e l'assistenza giudiziaria
 - 3.3 Altre norme
- 4. Il diritto intertemporale**
 - 4.1 Le pratiche aperte
 - 4.2 Le vertenze pendenti
 - 4.2.1 Pendenze presso la Commissione di verifica
 - 4.2.2 Pendenze presso il Consiglio di moderazione
 - 4.2.3 Pendenze avanti alle Preture
 - 4.3 Il regolamento
- 5. Conclusione**

1. Premessa

Il Consiglio dell'Ordine mi ha chiesto di riassumere le questioni aperte conseguenti all'avvenuta abrogazione formale della tariffa e all'adozione del regolamento 19 dicembre 2007 sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazio-

ne delle ripetibili da parte del Consiglio di Stato. Avendo avuto occasione di studiare, anche in precedenza, la questione¹ ho accettato ben volentieri.

Conscio di esprimermi su di un tema che coinvolge tutti gli avvocati in prima persona e quindi di toccare sul vivo la sensibilità dei colleghi, premetto che le considerazioni che seguono sono esclusivamente da imputare al sottoscritto.

Ringrazio il Consiglio per la fiducia accordata.

2. La retribuzione

Il contratto che lega l'avvocato al proprio cliente è qualificabile come *contratto di mandato*².

Nell'ambito di un contratto di mandato, avente caratteristiche professionali, il concetto di retribuzione delle prestazioni è chiaramente acquisito³.

A seguito dell'abrogazione, anche formale della tariffa dell'Ordine, è pacifico che l'avvocato è tenuto a concordare con il proprio cliente i criteri atti a definire la retribuzione⁴.

2.1 In caso di accordo

Qualora l'avvocato concluda con il cliente un accordo sulla retribuzione, la medesima dovrebbe risultare facilmente quantificabile⁵.

Resta inteso che l'accordo sulla retribuzione potrà essere inficiato con ricorso alle classiche circostanze atte ad annullare i contratti⁶.

1 Vedi M.Frigerio, Conseguenze dell'abrogazione materiale della Tariffa dell'Ordine degli avvocati, NCRP 2006/49; nonché M.Frigerio, La retribuzione dell'avvocato nel Cantone Ticino, RSPC 2007/213.

2 P.Tercier, Les contrats spéciaux, 2003, pag.708.

3 F.Werro, Commentaire romand CO I, 2003, art.394, nota 38.

4 L'accordo non soggiace ad alcuna forma. Per evidenti motivi pratici tuttavia è consigliabile la formalizzazione scritta.

5 L'onere di dimostrare l'esistenza del contratto e la congruità della pretesa dell'avvocato – secondo le modalità di computo concordate – è a carico dell'avvocato (art. 8 CC – vedi RDT 2007 II 42c).

6 Lesione, errore, dolo e timore, nonché l'art. 27 cpv.2 CC.

Nella determinazione delle modalità retributive entrano in considerazione:

- **il criterio orario**; per il quale, una volta definito, sarà importante disporre della dimostrazione del tempo dedicato alla pratica e quindi di una precisa registrazione di riferimento di ogni prestazione svolta per il cliente;
- **il criterio ad valorem**; per il quale sarà necessario definire con il cliente il valore di riferimento e la relativa percentuale, ritenuto che, in ogni caso, il compenso risultante dovrà essere in ragionevole proporzione con le prestazioni effettivamente svolte dall'avvocato e non risultare spropositato⁷;
- **il criterio misto** che potrebbe consistere in un "pactum de palmario" che prevede una retribuzione di principio a tempo, adeguata – in genere a seguito dell'esito della pratica – da una aggiunta percentuale.

Non sono invece ammessi per motivi deontologici né il "pactum de quota litis", né il "pactum de redimendo litis"⁸.

2.2 Nel caso in cui non vi sia accordo

Qualora l'avvocato non ha concordato con il cliente le modalità retributive è l'art. 394 cpv.3 CO a risultare applicabile.

La norma prevede che, in quanto dovuta dall'uso, una retribuzione è da ritenersi giustificata.

Il problema consisterà nel determinare i criteri ai quali ispirarsi nella sua determinazione.

La dottrina riconosce il diritto all'avvoca-

to ad un "giusto compenso" per le prestazioni correttamente svolte⁹.

Il compenso andrà quindi determinato tenendo conto dei criteri previsti dal nuovo art. 15 a cpv.2 della legge sull'avvocatura ossia della complessità e dell'importanza del caso, del valore e dell'estensione della pratica, della competenza professionale e della responsabilità assunta dal legale, del tempo e della diligenza impiegati, della situazione personale e patrimoniale delle parti, dell'esito conseguito e della sua prevedibilità.

Il nuovo regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili NON è applicabile al rapporto cliente / avvocato¹⁰. Non sarà quindi possibile ispirarsi, per analogia, a quanto espresso nel regolamento del Consiglio di Stato per definire la retribuzione dell'avvocato in assenza di accordo.

2.3 Autorità competente in caso di lite

L'autorità competente in caso di lite fra avvocato e cliente è la *Pretura* quando il sospeso supera fr. 2'000.-, la Giudicatura di pace resta invece competente per importi inferiori.

Prima di dare avvio alla lite il Consiglio dell'Ordine auspica che gli avvocati tentino la conciliazione; a tal fine è stata introdotta la nuova figura del *conciliatore* ed un nuovo servizio che vuole offrire "la possibilità di risolvere, in via conciliativa,

7 Il ricorso alla formula istituita in via giurisprudenziale nel 1990: $O = (2 \times Ov \times Ot) / (Ov + Ot)$ con O corrispondente all'onorario finale, Ov all'onorario "ad valorem" e Ot all'onorario a tempo non dovrebbe trovare piu' applicazione nei casi in cui il criterio "ad valorem" sia oggetto di accordo.

8 Il "pactum de quota litis" prevede una retribuzione percentuale solo per il caso di successo. Il "pactum de redimendo litis" prevede la cessione all'avvocato del credito per il quale si intende procedere.

9 F.Werro, op.cit, art. 394, nota 44.

10 L'art.10 cpv.2 lo esclude espressamente al fine di evitare che i criteri utilizzati per le ripetibili vadano applicati per analogia al caso in cui avvocato e cliente non abbiano concordato nulla.

controversie tra clienti e avvocati relative alle note professionali”¹¹.

Avvocato e cliente sono evidentemente liberi di ricorrere ad un *arbitrato* sottoscrivendo una apposita clausola arbitrale, all’atto del mandato, oppure un compromesso arbitrale al sorgere del litigio¹².

3. Il regolamento del Consiglio di Stato

Parallelamente all’abrogazione della tariffa decisa dal Gran Consiglio in data 24 ottobre 2007, il Consiglio di Stato ha emanato il regolamento 19 dicembre 2007 destinato a definire la retribuzione dell’avvocato in caso di assistenza giudiziaria e patrocinio d’ufficio.

Tale regolamento è applicabile anche per quanto attiene alla quantificazione delle ripetibili da parte dei tribunali.

3.1 Il patrocinio d’ufficio e l’assistenza giudiziaria

Per quanto attiene alla retribuzione in regime di *assistenza giudiziaria*, l’onorario verrà determinato - senza tenere conto del valore - in forza di una tariffa oraria di **fr. 180.- l’ora**¹³. È previsto un adeguamento a **fr. 250.-** qualora la pratica abbia richiesto conoscenze speciali¹⁴.

L’importo dovuto per l’intervento dei praticanti sarà invece di fr. 90.- l’ora.

Per quanto concerne le spese di cancelleria

è stato definito un importo forfetario del **4%** applicato all’onorario. La soluzione ha il pregio di semplificare la verifica e di evitare quegli interventi “da certosino” a cui alcune autorità ci avevano abituato. Restano evidentemente escluse dalla percentuale del 4% le spese di trasferta, le spese di pernottamento e vitto fuori domicilio (qualora necessarie) e le note per fatture pagate a terzi (art.6 cpv.2).

Il regolamento impone all’avvocato di *avvisare immediatamente l’autorità quando le prestazioni effettuate raggiungono fr. 5’000.-*. L’importo è da ritenersi riferito all’onorario¹⁵.

Analoga informazione è richiesta quando vengono versati acconti da parte di persone poste al beneficio dell’assistenza giudiziaria.

L’effetto del mancato avviso non è definito nel regolamento. Una riduzione lineare della retribuzione, in analogia a quanto avviene nel contratto di appalto, in caso di superamento del preventivo (art. 375 cpv.2 CO), potrebbe entrare in considerazione.

Seppure nulla venga detto al riguardo della retribuzione del *patrocinatore d’ufficio*, il sistema è da intendersi identico rispetto a quello sino a qui attuato.

Il patrocinatore d’ufficio è tenuto a concordare con il patrocinato la sua retribuzione e ad essere soddisfatto dal medesimo. Se il patrocinato adempie le

11 Il servizio è oggetto di un nuovo regolamento approvato dal consiglio dell’Ordine. Il costo dello stesso è quantificato in fr. 200.- per parte indipendentemente dal valore della lite. Quanto alla figura del conciliatore il consiglio dell’Ordine si è indirizzata verso avvocati con una precedente esperienza nella Magistratura.

12 F.Hohl, Procédure civile, tome II, pag.317.

13 L’importo è stato definito ispirandosi alle recenti sentenze del TF 2P.17/2004 del 6 giugno 2006 e CdM 24 agosto 2006. Tali sentenze già avevano provocato l’adeguamento della retribuzione del patrocinatore penale con effetto al 1 luglio 2006 (vedi circolare del 10.11.2006 del Consiglio dell’Ordine).

14 Per le pratiche di protezione dell’unione coniugale e di divorzio su richiesta comune o unilaterale è previsto un tetto massimo di fr. 5’000.- di onorario riservata una “diversa” decisione del giudice. Trattandosi dell’ambito giudiziario che maggiormente provoca l’intervento dell’assistenza giudiziaria e quindi oneri a carico dello Stato l’obbligo imposto all’avvocato appare comprensibile. Il Giudice non potrà tuttavia rifiutare un adeguamento dell’importo qualora le circostanze lo giustifichino, l’assistenza giudiziaria deve infatti essere dignitosa anche quanto viene fissata dagli organi dello Stato

15 Il riferimento è infatti alle “prestazioni” e non alle spese.

condizioni dell'assistenza giudiziaria, il patrocinatore dovrà attivarsi per formulare la relativa domanda, in questo caso saranno i criteri validi per il regime dell'assistenza giudiziaria a risultare applicabili alla quantificazione dell'onorario.

Si ricorda che gli onorari e le spese del patrocinatore d'ufficio in ambito penale restano garantite dallo Stato secondo la tariffa del Consiglio di Stato (vedi art.25 Lag).

3.2 Le ripetibili

Le ripetibili vengono definite all'art. 10 cpv.1 del regolamento come "la partecipazione all'onorario e alle spese sopportate nell'interesse del cliente".

È previsto che il tribunale determini le ripetibili con un importo unico che tenga conto anche dell'imposta sul valore aggiunto¹⁶.

I criteri per la determinazione delle ripetibili sono quelli classici.

Se la pratica ha un *valore determinato o determinabile* si applicano delle percentuali (art.11¹⁷), se la pratica *non ha valore determinato o determinabile* le ripetibili vengono stabilite in base alla tariffa oraria di fr. 280.- (art.12¹⁸).

Sapere se una pratica ha o meno un valore determinato è una questione la cui soluzione dipende dalla valutazione del tribunale; il regolamento rinvia espressamente alle norme di procedura civile applicabi-

li¹⁹.

3.3 Altre norme

Pro memoria è opportuno ricordare che, per la determinazione delle ripetibili e l'onorario dell'avvocato relative a controversie che interessano il Tribunale Federale, esistono delle tariffe speciali²⁰.

Le procedure sommarie esecutive menzionate all'art. 25 cfr.2 LEF sono invece assoggettate all'art. 62 OTLEF²¹.

4. Il diritto intertemporale

L'abrogazione formale della tariffa non ha risolto i quesiti che si ponevano a seguito della avvenuta abrogazione materiale della stessa.

Il diritto intertemporale non è infatti stato oggetto di particolare approfondimento.

4.1 Le pratiche aperte

Per le pratiche aperte la soluzione che certamente non dà adito a discussioni è la conclusione di un *nuovo accordo di retribuzione scritto* che definisca i criteri applicabili.

Qualora cioè non avvenisse e la procura precedentemente sottoscritta dal cliente si limitasse a rinviare alla tariffa, è difficilmente sostenibile che tale rinvio renda l'abrogata tariffa applicabile in quanto "accordo di retribuzione sostitutivo".

16 È anche prevista la possibilità di presentare una nota di onorario e spese al tribunale, prima della quantificazione delle ripetibili; ciò che permette all'autorità giudicante di tenere conto della situazione concreta.

17 È interessante notare come l'onorario percentuale adottato dal Consiglio di Stato è maggiore, rispetto a quello che era previsto nella previgente tariffa, per valori inferiori a fr. 500'000.-; esso risulta invece inferiore per valori superiori a tale importo. Contro la soluzione adottata dal Consiglio di Stato è pendente un ricorso al Tribunale Federale.

18 Importi vicini a fr. 280.- / h erano già stati considerati adeguati da varie decisioni del Consiglio di moderazione. Vedi BOA 23/31, BOA 24/47, BOA 30/37, BOA 32/40.

19 Vedi art.11 cpv.3 del regolamento.

20 Vedi Regolamento sulle spese ripetibili accordate alla parte vincente e sull'indennità per il patrocinio d'ufficio nelle procedure davanti al Tribunale Federale (RS 173.110.210.3) e regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale (RS 173.320.2).

21 L'art.11 cpv.2 let.b del regolamento può trovare applicazione unicamente alle procedure LEF non menzionate all'art. 25 cfr.2. La OTLEF è in effetti un ordinanza federale e, in quanto tale superiore per gerarchia al regolamento cantonale.

A mio modo di vedere ci si ritroverebbe, al contrario, nella situazione in cui il contratto presenta una lacuna (non essendovi stato accordo sulle modalità retributive); per colmare la lacuna sarà necessario tenere conto dei criteri generali e quantificare una “giusta retribuzione”.

Diversa potrebbe essere la conclusione qualora l’avvocato e il cliente sottoscrivessero un vero e proprio accordo “ad hoc” che rinvia alla precedente tariffa. In questo caso la volontà di rendere applicabile la tariffa su base volontaria apparirebbe evidente.

4.2 Le vertenze pendenti

Al 1 gennaio 2008 vi erano pendenze sia avanti alla Commissione di verifica, sia avanti al Consiglio di moderazione, sia avanti alle Preture.

È opportuno comprendere cosa capita di tali dossier.

4.2.1 Pendenze presso la Commissione di verifica

È noto che l’abrogazione della tariffa ha comportato l’eliminazione della Commissione di verifica (vedi art.21 modificato e abrogazione degli artt.26 e 27 LAVv). All’atto di abrogazione tuttavia presso tale autorità erano ancora pendenti dei dossier che non avevano trovato una soluzione definitiva.

Per il sottoscritto è pacifico che, a partire dal 1 gennaio 2008, *la Commissione di verifica non ha piu’ alcun potere giurisdizionale*, trattandosi di una commissione non piu’ prevista dalla legge sull’avvocatura e non essendo stata prevista alcuna norma di diritto intertemporale. La conseguenza è che una sua eventuale decisione

sarà da considerare inefficace e quindi non vincolante per le parti.

Le liti tra avvocato e clienti, pendenti avanti alla Commissione di verifica, dovranno pertanto essere definite avanti alle Preture²², unica eccezione è il caso in cui le parti in causa decidessero di riconoscere la “defunta” Commissione di verifica come arbitro della vertenza.

4.2.2 Pendenze presso il Consiglio di moderazione

È per contro stata mantenuta una *ridotta competenza* a favore del Consiglio di moderazione, commissione ora composta da tre giudici del Tribunale di appello che non devono essere già membri della Camera dell’avvocatura e del notariato²³.

Il Consiglio di moderazione potrà pronunciarsi solamente in merito ai ricorsi promossi contro le decisioni di retribuzione giusta l’art. 36 della legge sul patrocinio d’ufficio e sull’assistenza giudiziaria.

Essa non è quindi, in ogni caso, piu’ competente per litigi relativi alla retribuzione dell’avvocato nel rapporto diretto avvocato / cliente; rispettivamente anche per quanto attiene alle ripetibili.

Cosa capita dei ricorsi pendenti al Consiglio di moderazione, dopo il 1 gennaio 2008, contro decisioni della Commissione di verifica adottate prima di tale data?

A parere del sottoscritto *eventuali ricorsi relativi a sospesi non potranno essere legittimamente evasi in quanto relativi al rapporto cliente / avvocato*, in tale ambito infatti il Consiglio di moderazione - non esistendo alcuna norma transitoria - ha perso la propria competenza.

22 Le decisioni della Commissione di verifica cresciute in giudicato ed eseguite, seppur emesse in forza di una tariffa risultata contraria al diritto federale, ben difficilmente potranno essere rimesse in discussione.

23 Vedi nuovo art.64 a LOG

Ne consegue che le vertenze oggetto di detti ricorsi dovranno essere riproposte avanti alla Pretura.

4.2.3 Pendenze avanti alle Preture

In passato la Pretura era ritenuta competente solamente per verificare il corretto adempimento del mandato, non la correttezza dell'applicazione della tariffa²⁴ (e quindi del criterio retributivo).

Già con l'avvenuta abrogazione materiale della tariffa le Preture hanno assunto piena cognizione nell'ambito delle liti tra cliente ed avvocato.

È quindi possibile che eventuali procedimenti iniziati in passato, tenendo conto della precedente ripartizione di competenze, necessitino di un aggiustamento processuale. Per procedere in tal senso entrano in considerazione gli artt. 74 e 75 CPC²⁵ relativi alla mutazione dell'azione qualora fosse necessario adeguare la richiesta, rispettivamente l'art.138 CPC sulla restituzione in intero qualora fossero necessari nuovi mezzi di azione o di difesa²⁶.

4.3 Il regolamento

L'entrata in vigore del nuovo regolamento del Consiglio di Stato è stata fissata per il 1 gennaio 2008.

L'art.16 di tale regolamento, originariamente composto da un solo capoverso, aveva istituito l'unica disposizione transitoria della novella.

La stessa - oggi divenuta il cpv.1 della

norma - precisa che, qualora le decisioni sul patrocinio d'ufficio o sull'assistenza giudiziaria siano state emesse prima dell'entrata in vigore del regolamento, saranno le norme precedentemente applicabili a determinare la retribuzione.

La norma non crea particolari complicazioni per le difese penali in quanto, sin dal 1 luglio 2006, il criterio retributivo era stato definito fr. 180.- /h. Essa complica invece le cose negli altri settori della Giustizia. Il giudice civile ed il giudice amministrativo dovrebbero infatti applicare i criteri di retribuzione delle prestazioni utilizzati prima del 1 gennaio 2008. *Considerando però che le precedenti norme rinviavano alla tariffa dell'Ordine degli avvocati (contraria al diritto federale) mi pare che la norma in oggetto sia di fatto totalmente inapplicabile*²⁷.

L'unica soluzione corretta, a mio avviso, comporta l'applicazione dei criteri esposti nella tariffa del Consiglio di Stato a tutte le pratiche decise dopo il 1 gennaio 2008 senza distinguere quando l'assistenza giudiziaria è stata accordata. È infatti arbitrario fondarsi su una normativa ritenuta contraria al diritto federale per quantificare la retribuzione dell'avvocato che opera in regime di assistenza giudiziaria.

Con decisione 18 marzo 2008 il Consiglio di Stato ha ulteriormente adottato un capoverso 2 dell'art. 16 che esprime il medesimo (assurdo) concetto per le ripetibili²⁸.

Anche in questo caso la sola soluzione

24 G.A.Bernasconi, Il diritto di esigere un giudizio di moderazione, Rep 1991/299.

25 È opportuno ricordare che l'applicazione dell'art. 74 CPC richiede la formulazione di una domanda processuale specifica che il Giudice è tenuto ad evadere mediante decreto, NON è sufficiente invece inserire la relativa mutazione nell'allegato conclusionale. Vedi Cocchi / Trezzini, CPC TI, art. 74 pag.219 nota 251.

26 L'applicazione dell'art. 138 CPC potrebbe risultare difficoltosa in quanto la stessa deve essere promossa, pena la perenzione, entro trenta giorni "da che la parte è venuta a conoscenza" dell'omissione.

27 Contro la medesima è pure pendente ricorso al Tribunale Federale.

28 La norma è entrata immediatamente in vigore con la pubblicazione sul BU 144/21.3.2008.

ragionevole (per altro quella adottata dal regolamento del TF) è l'applicazione dei criteri definiti nel nuovo regolamento per ogni decisione relativa alle ripetibili successiva al 1 gennaio 2008.

5. Conclusione

L'abrogazione formale della tariffa dell'Ordine degli avvocati non ha sostanzialmente modificato la situazione emersa a seguito della raccomandazione 17 maggio 2001 della ComCo che già indicava la medesima come contraria al diritto federale della concorrenza.

Sin da allora si erano prospettati nuovi scenari nel rapporto avvocato cliente.

All'avvocato sta oggi il compito importante di *definire con il cliente, in modo preciso, le modalità di retribuzione del suo operato*. Tale obbligo era oltretutto già stato imposto dal legislatore federale con l'art. 12 let.i LLCA.

Liti tra avvocati e clienti verranno in futuro risolte con *decisioni della Giustizia civile ordinaria*, togliendo quindi il sospetto a che l'avvocato possa beneficiare di un trattamento "di classe".

Un ragionevole tentativo di conciliazione è suggerito ai colleghi ed auspicato dal consiglio dell'Ordine in questo senso la nuova figura del Conciliatore intende facilitare il compito delle parti.

IL SEGRETO PROFESSIONALE DELL'AVVOCATO E IL SUO EFFETTO IN MATERIA DI ORDINI DI PERQUISIZIONE E SEQUESTRO NELLE PROCEDURE PENALI

Diego Della Casa, avvocato

1. Introduzione

Il diritto processuale prevede diversi attori che concorrono al corretto funzionamento della giustizia. Tra questi, la figura dell'avvocato, e più in generale, della difesa. Il corretto esercizio della professione di avvocato non può prescindere dall'esistenza di un segreto professionale forte. In effetti, l'avvocato è posto nella condizione di consigliare e di rappresentare al meglio un cliente quando questi ripone la massima fiducia in lui. Ciò presuppone che il cliente possa riferire liberamente ogni cosa al proprio difensore, confidando nel mantenimento del segreto. In questo modo potrà prospettare liberamente la fattispecie e permettere un efficace intervento dell'avvocato, sia nella fase di consulenza che nella rappresentanza in giudizio. In effetti, l'avvocato che non dovesse essere informato compiutamente su tutti i fatti rilevanti, non potrebbe intervenire in modo avveduto. Si tratta, quindi, di garantire una difesa effettiva che possa bilanciare correttamente l'attività inquirente e giudicante. Pertanto, il corretto funzionamento della giustizia presuppone, nella categoria delle garanzie fondamentali, anche il segreto professionale dell'avvocato. Si tratta di un corollario delle

garanzie di procedura conferite a livello costituzionale e della CEDU¹, oltre che del rispetto del diritto costituzionale alla sfera privata².

L'interesse dello Stato nel garantire efficacemente il segreto professionale dell'avvocato risulta anche dal carattere penale conferito alle violazioni di questo principio (art. 321 CP). Per contro, da un punto di vista prettamente civilistico, il segreto professionale dell'avvocato ha la sua origine nella protezione della personalità (art. 27 CC) e nel contratto di mandato che lega cliente ed avvocato (art. 394 CO). La componente di diritto pubblico sembra tuttavia prevalere. In effetti, anche nel caso in cui il cliente, o l'autorità di sorveglianza, esoneri l'avvocato dal segreto professionale, egli rimane libero di valutare se avvalersi del segreto di fronte all'autorità giudiziaria che chiede informazioni, siano esse in ambito testimoniale o di perquisizione e sequestro. Questo principio tiene conto del fatto che solo l'avvocato ha gli strumenti per valutare se, nell'interesse del cliente e quindi del corretto funzionamento della giustizia, il segreto vada mantenuto. Il cliente, per contro, non ha di regola le competenze specifiche per determinare compiutamente gli effetti dello svincolo dal segreto. Pertanto, ancora la Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati lascia la decisione completamente nella mani dell'avvocato (art. 13 LLCA)³.

Evidentemente, nel singolo caso, l'attività

inquirente può essere rallentata e ostacolata dall'opposizione del segreto professionale dell'avvocato. Tuttavia, si tratta del male minore, considerato come il segreto è garante del corretto funzionamento della giustizia in generale⁴.

2. Campo applicativo del segreto professionale dell'avvocato

L'avvocato cui vengono richieste informazioni o documenti da parte di un'autorità giudiziaria deve procedere ad una valutazione iniziale. Deve determinare se quanto richiesto è coperto dal segreto professionale.

Il segreto professionale copre tutto quanto l'avvocato apprende nell'esercizio della sua professione⁵. Si tratta dell'attività tipica dell'avvocato, ovvero dell'attività forense e non di quella commerciale e fiduciaria⁶. L'attività tipica dell'avvocato consiste, segnatamente, nel fornire consigli di natura giuridica e nel rappresentare e difendere gli interessi del cliente davanti ai tribunali⁷. Per contro, le seguenti attività sono considerate aventi preponderante natura commerciale e fiduciaria e quindi non coperte da segreto: - amministrazione patrimoniale o investimento di denaro⁸; - carica di consigliere di amministrazione, se l'elemento commerciale è preponderante⁹; - mandato di incasso, senza attività specifica d'avvocato¹⁰. Si tratta, in sostanza, dei criteri utilizzati anche

1 DTF 117 la 341, cons. 6a.

2 A livello costituzionale, il segreto professionale rientra nella garanzia alla sfera privata in ambito professionale (art. 10 cpv. 2, art. 13 e art 27 e 36 CF).

3 Art. 13 cpv. 1 LLCA: "I L'avvocato è tenuto, senza limiti di tempo e nei confronti di tutti, al segreto professionale su quanto gli è stato confidato dai clienti a causa della sua professione. Il fatto di essere dispensato dal segreto professionale non obbliga l'avvocato a divulgare quanto gli è stato confidato."

Lo stesso principio è previsto dalla Legge cantonale sull'avvocatura, all'art. 16 che rinvia alla LLCA. La stessa regola è pure stata adottata nell'ambito del Codice professionale dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (CAvv), all'art. 6.

4 Il Tribunale federale utilizza appunto l'espressione "kleinere Uebel"; DTF 91 I 206

5 cfr. Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2a ed., no. 774, pag. 487; DTF 91 I 200

6 DTF 126 II 495

7 cfr. sentenza 20.2.2007 TPF, Corte dei reclami penali, caso BE.2005.4, e ivi citata dottrina.

8 DTF 112 Ib 606

9 DTF 115 Ia 197; DTF 114 III 105

10 DTF 120 Ib 112, dove si trattava di un mandato per l'incasso di uno check, quindi con un'attività prevalentemente commerciale (che poteva dunque essere svolta anche da società fiduciarie/commerciali o banche) e non tipica d'avvocato.

per determinare quando un avvocato esercita un'attività di intermediazione finanziaria, ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 della Legge sul riciclaggio di denaro (LRD). In effetti, quest'ultima attività è estranea alla tutela del segreto professionale e, appunto, soggetta agli obblighi di comunicazione della normativa antiriciclaggio¹¹.

Se, come spesso accade, l'avvocato ha un'attività che copre sia mandati tipici sia a carattere commerciale e fiduciario, allora è opportuno che separi le due attività in modo che i mandati non siano tra essi confusi. In effetti, il Tribunale federale ha già avuto modo di affermare che, qualora l'attività tipica di avvocato sia confusa con quella commerciale, il segreto professionale non può essere invocato¹².

Il segreto professionale è quindi opponibile alla perquisizione e al sequestro di documenti legati all'attività tipica dell'avvocato¹³. Ai documenti sono pure equiparate le registrazioni di dati su supporti elettronici¹⁴. Di principio, i documenti coperti da segreto professionale non sono pertanto sequestrabili. La giurisprudenza ha stabilito alcune eccezioni a tale principio, quando prevalersi del segreto professionale appare un abuso di diritto che pregiudica il buon funzionamento della giustizia¹⁵. In particolare, i documenti sono eccezionalmente sequestrabili quando:

- il titolare del segreto è accusato dell'infrazione in quanto correo, istigatore o complice¹⁶;

- i documenti rimessi all'avvocato non sono a lui destinati, bensì a un terzo¹⁷. In questo caso, il segreto professionale non si applica in quanto non vi è alcun legame tra la funzione di avvocato, con le connesse esigenze di segretezza, e lo scopo del deposito.

Per quanto attiene in modo specifico al deposito presso l'avvocato, la giurisprudenza si è già determinata nel caso in cui l'oggetto depositato è il prodotto di un'infrazione o lo strumento servito per commetterla¹⁸. In questi casi, il segreto professionale non è applicabile. Si tratterebbe, infatti, di proteggere il cliente che intende mettere al sicuro tali oggetti, ciò che configurerebbe un utilizzo abusivo del segreto professionale. Spetta quindi all'avvocato verificare le reali intenzioni del cliente, evitando di essere indebitamente strumentalizzato.

Per contro, ci si potrebbe chiedere se il segreto professionale è applicabile nel caso in cui il cliente consegna all'avvocato della documentazione connessa con l'esecuzione di un reato, o in specie utilizzata per l'esecuzione di un reato, affinché ne prenda conoscenza per l'esercizio della difesa. In questo caso, i documenti sarebbero in possesso dell'avvocato affinché proceda alle valutazioni del caso nell'esercizio della sua professione. Appare quindi giustificato ritenere anche simili documenti coperti da segreto professionale. Ammettere il contrario significherebbe non permettere al reo di porre il suo avvocato a

11 DTF 132 II 103

12 TF sentenza 23.3.2004, 8G.9/2004, cons. 9.6.4 e 9.6.5

13 Oltre al segreto professionale dell'avvocato, si tenga presente il segreto professionale del notaio, di natura del tutto analoga (cfr. TPF BE, 2008.1).

14 art. 110 cpv. 4 CP; DTF 126 II 495 cons. 5e/aa

15 In effetti, il divieto dell'abuso di diritto è applicato anche alla procedura penale (SCHWAAB, *Devoir de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces*, thèse, Lausanne 1976, p. 36)

16 DTF 125 I 46, cons. 6; DTF 117 Ia 341, cons. 6a/cc; DTF 102 IV 210, cons. 4a; DTF 106 IV 413, cons. 7c

17 DTF 117 Ia 341, cons. 6a/cc; DTF 102 IV 210, cons. 4

18 DTF 117 Ia 341, cons. 6a/cc

conoscenza completa dei fatti, con la sicurezza che tutte le informazioni, anche quelle sotto forma documentale, siano mantenute segrete.

Anche in ambito fiscale il Tribunale federale ha già avuto modo di determinarsi sulla portata del segreto professionale dell'avvocato. In specie, l'avvocato, nella propria procedura di tassazione fiscale, è evidentemente tenuto a collaborare come tutti gli altri contribuenti. Quindi, egli non può sottrarsi all'obbligo di fornire informazioni e al dovere di dimostrazione, invocando il segreto professionale. Semplicemente, Il Tribunale federale ha rilevato che la richiesta all'avvocato di adempiere ai suoi obblighi deve tenere conto del principio di proporzionalità. In un caso concreto in merito all'esenzione Iva delle fatture, è stato ritenuto sproporzionato chiedere la prova della residenza estera del cliente, con nome e indirizzo, per ogni prestazione fatturata iva esente, in assenza di fondati sospetti di abuso o di comportamento criminoso. Pertanto, il segreto professionale va tenuto in considerazione e, se richiesti, i nomi e gli indirizzi dei clienti vanno anonimizzati fino alle iniziali¹⁹, evitando così la violazione del segreto.

3. La regolamentazione del segreto professionale nelle attuali procedure penali.

La procedura penale ticinese prevede il segreto professionale dell'avvocato, quale eccezione all'obbligo di testimoniare (art. 124 CPP). Inoltre, è espressamente riservato il diritto dell'avvocato di rifiutarsi di deporre anche nel caso in cui sia stato dispensato dal segreto professionale, conformemente a quanto disposto dalla LLCA (art. 124 cpv. 2 CPP).

La procedura penale federale prevede pure il

segreto professionale dell'avvocato (art. 77 PPF). Per quanto attiene specificamente alle perquisizioni di carte, dispone inoltre che il segreto di carattere privato venga rispettato nella maggior misura possibile e che il segreto professionale sia salvaguardato (art. 69 PPF). La norma appare alquanto generica e di fatto l'autorità inquirente non sempre ha dimostrato di applicarla rigorosamente, con il rischio di disporre perquisizioni di documenti coperti da segreto. È pertanto il titolare del segreto che deve farsi parte attiva, utilizzando gli strumenti procedurali a sua disposizione a difesa di eventuali misure coercitive lesive del segreto.

La procedura a seguito di domanda di assistenza internazionale in materia penale prevede che per la perquisizione e il sequestro di carte si applichino i principi della legge di procedura penale federale (art. 9 AIMP). Inoltre, viene esplicitamente stabilito che la protezione della sfera segreta è retta dalle disposizioni sul diritto di non deporre. Di principio, vanno pertanto sequestrati unicamente i documenti che si supponga contengano informazioni importanti per l'istruzione del procedimento penale estero (cfr. art. 69 cpv. 2 PPF). La giurisprudenza ha poi specificato che, in ambito di assistenza giudiziaria internazionale, basta che i documenti possano essere utili all'inchiesta estera²⁰. Si tratta quindi di appurare un presupposto di utilità che come tale può risultare alquanto difficile smentire, anche in considerazione del fatto che in ambito rogatorio la conoscenza del procedimento penale estero da parte dell'autorità svizzera è piuttosto limitata. I documenti sequestrati devono comunque apparire connessi con l'oggetto della rogatoria²¹.

Infine, il diritto penale amministrativo prevede che la perquisizione di carte debba essere

19 TF sentenza 2A./247/2000 del 20.4.2001, in ASA 71, pag. 394

20 DTF 127 II 151 cons. 4c/bb

21 DTF 130 II 193 cons. 4.4

eseguita tutelando, tra l'altro, il segreto professionale dell'avvocato (art. 50 cpv. 2 DPA).

4. La procedura di apposizione dei sigilli (sugello) e di dissigillamento

Nell'ambito di un'eventuale perquisizione ad opera di un'autorità di perseguimento penale, come detto, l'avvocato deve innanzi tutto determinare se i documenti in suo possesso sono coperti o meno dal segreto professionale. In caso affermativo, o in caso di dubbio, è dovere dell'avvocato chiedere l'applicazione di quelle misure volte alla salvaguardia del segreto. Si tratta, in particolare, di far apporre un sigillo sui documenti in modo che non vengano consultati se non dopo una specifica procedura di verifica. L'avvocato che non dovesse adottare immediatamente tali misure rischierebbe di incorrere in una violazione del segreto professionale, ciò che potrebbe comportare una responsabilità civile nei confronti dei clienti ai quali i documenti si riferiscono e, paradossalmente, una responsabilità penale, ai sensi dell'art. 321 CP.

Evidentemente, la responsabilità dell'avvocato andrebbe esclusa nei casi in cui il cliente avesse conferito lo svincolo dal segreto, acconsentendo alla perquisizione, oppure se lo svincolo venisse conferito tramite l'autorità di sorveglianza alla quale deve riferirsi l'avvocato²². Si tratta, tuttavia, di ipotesi difficilmente realizzabili, considerato come in caso di perquisizioni non sia dato, di regola, il tempo per interpellare il o i clienti toccati e rispettivamente l'autorità di controllo.

22 DTF 117 Ia 341, cons. 6a/aa

23 In effetti, il segreto professionale dell'avvocato rientra nella protezione della sfera privata di cui all'art. 13 CF (TF sentenza 1P.32/2005, cons. 3.3). Ne discende che la sua limitazione, quale il sequestro di documenti e supporti informatici contenenti tali segreti, deve rispettare il principio di proporzionalità (art. 36 cpv. 3 CF). In particolare, la giurisprudenza ha già avuto modo di stabilire che il principio di proporzionalità non è rispettato nel caso di un sequestro ad un avvocato di un gran numero di documenti su supporto cartaceo o informatico (DTF 130 II 193 cons. 4.3; TPF sentenza 7.6.2004, Corte dei reclami penali, inc. BK-B 059/04). In effetti, in simili casi è certo, e non solo ipotetico, che il sequestro colpisce documenti soggetti a segreto professionale. Il principio della proporzionalità impone quindi che venga disposta una perquisizione circoscritta in modo preciso, affinché la connessione con il sospetto che grava sull'accusato sia determinabile chiaramente (TF sentenza 26.1.2004, 8G.116/2004, cons. 6; DTF 104 IV 125, cons. 3b).

24 DTF 127 II 156

25 TPF BB 2007.69; TPF BB.2007.48; TPF BB.2006.46;

Nelle varie procedure penali è dunque prevista la facoltà del detentore di carte, registrazioni o altri oggetti, di chiedere che questi non vengano immediatamente perquisiti dall'autorità penale. Si tratta di procedere immediatamente all'apposizione dei sigilli in modo che venga evitato temporaneamente, in un primo momento, che l'autorità penale ne prenda conoscenza. In questo modo, prima di un'eventuale levata dei sigilli, risulta possibile stabilire, con l'intervento di un giudice terzo, se la perquisizione debba essere evitata in ragione di un prevalente segreto professionale o per altri motivi come la violazione del principio di proporzionalità²³. La misura tende pertanto ad evitare che l'autorità penale inquirente prenda indebitamente conoscenza, ed eventualmente utilizzi, carte, registrazioni o altri oggetti coperti da segreto.

È bene ricordare che spetta al titolare del segreto professionale chiedere immediatamente l'apposizione dei sigilli. Non vi è, evidentemente, alcun obbligo dell'autorità penale di apporli, *motu proprio*. Materialmente, l'apposizione deve comunque avvenire ad opera dell'autorità che esegue l'ordine di perquisizione e sequestro, e non da parte del detentore o avente diritto dei documenti o degli oggetti perquisiti²⁴.

I documenti sotto sigillo non sono formalmente sequestrati e neppure perquisiti. In effetti, non risultano individualizzati e non possono, pertanto, essere oggetto di alcun ordine di sequestro²⁵. Inoltre, non si può parlare nemmeno di perquisizione in quanto la stessa avviene

solo nel momento in cui è possibile prendere conoscenza delle carte tramite la loro lettura e quindi dopo la levata dei sigilli²⁶. Ne discende che non sono ammessi reclami contro l'applicazione dei sigilli ed il deposito in luogo sicuro a seguito dell'opposizione del detentore. Per contro, è ammissibile un reclamo qualora l'autorità inquirente tardi abusivamente a chiedere la levata dei sigilli, cagionando in tal modo un pregiudizio al detentore impedito durevolmente ad accedere ai suoi documenti²⁷.

Di seguito, la levata dei sigilli e la cernita dei documenti non può essere effettuata dall'autorità inquirente, bensì dal relativo Tribunale o Giudice di sorveglianza, in presenza del detentore e del magistrato inquirente. La procedura si svolge dapprima con un'analisi sull'ammissibilità di principio della perquisizione e quindi si procede con la levata dei sigilli e la cernita dei documenti con lo scopo di distinguere i documenti che possono essere versati nell'incarto, e quindi sequestrati, da quelli per i quali l'opposizione è giustificata e vanno quindi immediatamente rimessi al detentore.

Le parti presenti alla cernita possono esprimersi in merito. È quindi garantito un contraddittorio in merito all'applicazione del segreto professionale, ed in genere alla legittimità della perquisizione di quei documenti. Il magistrato inquirente potrà tuttavia prendere possesso dei documenti solo a seguito di una relativa decisione formale a chiusura della procedura di levata dei sigilli e cernita²⁸. In casi eccezionali, quando la documentazione perquisita è particolarmente voluminosa e vi è il rischio concreto che informazioni non rilevanti per l'inchiesta e

coperti da segreto possano essere poste a conoscenza degli inquirenti, la cernita può avvenire a fasi, direttamente ad opera del Tribunale, con esclusione degli inquirenti ed eventualmente pure con l'intervento di un esperto esterno neutrale per procedere alla depennazione o codificazione dei nomi dei clienti²⁹.

Entrando poi nel dettaglio delle varie procedure, va rilevato che l'apposizione dei sigilli può avvenire sia nell'ambito dei procedimenti penali interni sia nei procedimenti a seguito di domanda internazionale di assistenza giudiziaria penale. Per i procedimenti interni la procedura penale federale prevede la possibilità del detentore delle carte di opporsi alla perquisizione, chiedendo di sigillare i documenti e di porli in luogo sicuro. I documenti sotto sigillo non sono poi formalmente sequestrati, ma le parti dovranno chiedere di procedere con il dissigillamento e la cernita³⁰, al fine di stabilire se coperti da segreto o meno. Questa procedura è di competenza della Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, fino al dibattimento, e del Tribunale, durante il dibattimento (art. 69 cpv. 3 PPF). Nelle procedure rette dal diritto penale amministrativo, è parimenti prevista la facoltà del detentore di opporsi alla perquisizione chiedendo l'apposizione dei sigilli (art. 50 cpv. 3 DPA). Il dissigillamento è pure di competenza della Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale e la richiesta di levata dei sigilli non è sottoposta ad un termine particolare³¹. La Corte dei reclami penali si determina sull'ammissibilità della perquisizione e quindi sulla legittimità che l'amministrazione federale acceda ai documenti sigillati³². Infine, nella procedura penale

26 DTF 119 IV 326 cons. 7b; DTF 109 IV 153 cons. 1.

27 DTF 109 IV 153 cons. 2

28 TF, sentenza 1A.278/2003 del 20.4.2004, cons. 3.2; TPF BK-B 039/04, cons. 1.2

29 TPF, sentenza 8.8.2005 Corte dei reclami penali, inc. BE.2005.4; , DTF 132 IV 63; DTF 126 II 495, cons. 2d/aa

30 TPF BB. 2007.69

31 Cfr. art. 50 cpv. 3 DPA e art. 25 cpv. 1 DPA; TPF, sentenza 8.8.2005 Corte dei reclami penali, inc. BE.2005.4

32 TF sentenza 26.1.2004, 8G.116/2004, cons. 6; DTF 106 IV 413, cons. 3

ticinese è pure prevista l'apposizione di sigilli, dove la competenza per decidere la loro levata è del Giudice dell'istruzione e dell'arresto (art. 164 CPP).

Nelle procedure a seguito di domanda internazionale di assistenza giudiziaria penale va fatta una distinzione in ragione dell'autorità penale competente per l'esecuzione della rogatoria. Se la procedura è pendente presso il Ministero Pubblico della Confederazione, competente per il dissigillamento è la I Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale³³. Se, per contro, la procedura è pendente presso il Ministero Pubblico cantonale, anche dopo l'entrata in vigore l'1.1.2007 delle nuove norme in materia di ricorso in ambito di assistenza giudiziaria internazionale, la competenza è rimasta alla Camera dei ricorsi penali del Tribunale d'appello. Almeno in questo senso si sono determinate la Corte federale e quella cantonale dopo uno scambio di corrispondenza nel dicembre 2007³⁴ e con sentenze 18.2.2008 e rispettivamente 9.6.2008³⁵.

Le decisioni di apporre e di levare i sigilli nell'ambito dell'esecuzione di domande di assistenza giudiziaria internazionale seguono poi le vie di ricorso degli art. 80 e segg. AIMP³⁶. Ciò significa che queste decisioni incidentali non sono impugnabili separatamente, neppure quando è invocato il segreto professionale³⁷. Ne consegue che, per opporsi ad

una decisione di levata dei sigilli, si dovrà attendere la decisione di chiusura della rogatoria e ricorrere contro questa, facendo riferimento alla decisione incidentale anteriore (art. 80e cpv. 1 AIMP). In effetti, il Tribunale federale è dell'avviso che vada scartata l'ipotesi di una divulgazione prematura delle informazioni contenute nei documenti dissigillati. Ciò, in ragione del fatto che le autorità federali e cantonali d'esecuzione e di ricorso sono soggette al segreto d'ufficio. Inoltre, i documenti sono se del caso consegnati allo Stato richiedente non prima di una decisione di chiusura della rogatoria, cresciuta in giudicato³⁸. Questa giurisprudenza non appare del tutto convincente. In effetti, ne deriva che, prima di qualsiasi ricorso contro il dissuggero, i documenti sono a disposizione delle autorità di esecuzione, le quali potrebbero avere un loro interesse diretto alle informazioni ivi contenute, indipendentemente dall'utilizzo dei documenti come prove³⁹. Si pensi al caso in cui i documenti contengano informazioni attinenti anche a fatti che sono o potrebbero essere oggetto di un procedimento penale interno.

5. Il nuovo Codice di procedura penale

Il 5.10.2007 l'Assemblea federale ha adottato il nuovo Codice di procedura penale (Codice di diritto processuale penale svizzero) che sostituirà i codici cantonali di procedura pena-

33 TPF BK- B 039/04 del 26.5.2004, pubblicata in TPF 2004 12 cons. 1.1 e 1.2

34 Cfr. TPF sentenza 18.2.2008, II Corte dei reclami penali, inc. RR.2007.159 e sentenza 9.6.2008 CRP Tribunale d'appello, inc. 60.2008.65. In effetti, con l'entrata in vigore l'1.1.2007 delle nuove norme in materia di assistenza giudiziaria internazionale, il Tribunale penale federale è divenuto competente per tutti i ricorsi contro le decisioni di entrata in materia e esecuzione e di chiusura delle rogatorie, a scapito della competenza cantonale. Si è quindi posta la questione della competenza nelle procedure di dissuggero nell'ambito di rogatorie affidate ad autorità cantonali. Come detto, il Tribunale penale federale, e meglio la II Corte dei reclami penali e la Camera dei ricorsi penali del Tribunale d'appello, confrontati con un caso concreto, hanno stabilito di lasciare al diritto cantonale (e quindi alla CRP cantonale) questa competenza. Pertanto, con rogatorie affidate al Ministero pubblico cantonale potrebbe capitare di dover inoltrare un ricorso al Tribunale penale federale contro una decisione di entrata nel merito che dispone la perquisizione ed il sequestro ma di dover chiedere all'autorità cantonale il dissigillamento di documenti oggetto della stessa decisione.

35 TPF sentenza 18.2.2008, II Corte dei reclami penali, inc. RR.2007.159 e sentenza 9.6.2008 CRP Tribunale d'appello, inc. 60.2008.65. Da rilevare come la Corte cantonale nella sua sentenza accondiscenda alla decisione di una sua competenza «per evidente spirito di servizio».

36 DTF 126 II 495 cons. 3.

37 DTF 126 II 495 cons. 5e/cc e dd

38 DTF 126 II 495 cons. 4.

39 Cfr. DTF 103 la 206 cons. 9b

le e la Legge federale sulla procedura penale del 15.6.1934. L'entrata in vigore deve ancora essere determinata dal Consiglio federale, ma presumibilmente sarà l'1.1.2011⁴⁰.

La nuova procedura tutela il segreto professionale dell'avvocato (art. 171 nCPP). Inoltre, garantisce quanto disposto dalla LLCA, ovvero il diritto dell'avvocato al mantenimento del segreto anche se svincolato dal cliente (art. 171 cpv. 4 nCPP; art. 13 LLCA). Si è trattato di una conferma per nulla scontata. In effetti, il Consiglio federale, nel Messaggio del 21.12.2005 sull'unificazione del diritto processuale penale⁴¹, proponeva l'abolizione della garanzia di un diritto assoluto al mantenimento del segreto. Riteneva, infatti, ingiustificato il "privilegio" degli avvocati che, a differenza delle altre categorie di professionisti menzionate nell'art. 321 CP, possono opporre il segreto anche se svincolati dal cliente.

Inoltre, riteneva non soddisfacente demandare esclusivamente ad un privato la ponderazione tra gli interessi al mantenimento del segreto, da un lato, e gli interessi all'accertamento della verità, dall'altro⁴². Questa considerazione sembra ignorasse la funzione dell'avvocato nell'amministrazione della giustizia. In effetti, può apparire discutibile considerare l'avvocato unicamente come privato, dimenticando quella funzione attiva in seno alla giustizia, indispensabile per una corretta applicazione dei diritti fondamentali dell'imputato e della garanzia di un processo equo. In questo senso, la funzione dell'avvocato non merita di essere contenuta a mero interesse privato. Ad ogni buon conto, contrariamente all'opinione del Consiglio federale, L'Assemblea federale ha riconosciuto il valore assoluto del segreto professionale dell'avvocato e ha esplicitamente

previsto nella nuova procedura penale unificata la riserva dell'art. 13 LLCA.

È inoltre prevista una chiara procedura di apposizione dei sigilli e di dissigillamento. Innanzi tutto, a differenza delle procedure attuali, il nuovo codice prevede esplicitamente l'apposizione del sigillo non solo nelle perquisizioni di carte, ma pure per le perquisizioni di registrazioni o altri oggetti (art. 248 cpv. 1 nCPP). Si tratta di una formulazione completa, che tiene conto del fatto che il segreto può riferirsi non solo ai documenti. Ciò che comunque è attualmente già ammesso dalla pratica. È quindi previsto che le carte, le registrazioni e altri oggetti che secondo le dichiarazioni del detentore non possono essere perquisiti o sequestrati in quanto coperti da segreto professionale (vedi facoltà di non rispondere o non deporre) devono essere sigillati, escludendo così la possibilità per le autorità penali di visionarli o utilizzarli (art. 248 cpv. 1 nCPP). Di seguito, è stabilito che l'autorità penale debba presentare una domanda di dissigillamento entro 20 giorni, pena la restituzione all'avente diritto (art. 248 cpv. 2 nCPP). La domanda va presentata al Giudice dei provvedimenti coercitivi, nella fase della procedura preliminare, e al Giudice presso il quale è pendente il procedimento, negli altri casi. La domanda di dissigillamento deve poi essere decisa entro un mese ed è definitiva (art. 248 cpv. 3 nCPP). Quest'ultimo termine è un semplice termine ordinario che può essere prorogato, in special modo se il lavoro per l'esame dei documenti è particolarmente impegnativo o se vi è la necessità di far intervenire un perito⁴³.

Il nuovo codice regola pertanto in modo assai più cogente la procedura di suggello,

40 Così risulta da un comunicato stampa del Dipartimento federale di giustizia e polizia del 10.9.2008.

41 FF 2006 989 e segg.

42 FF 2006 1108

43 FF 2006 1142

imponendo dei termini a scadenza ravvicinata sia all'autorità penale che ha disposto la perquisizione e chiede di poter visionare i documenti sotto sigillo, sia al Giudice che deve determinarsi sulla natura di quanto perquisito per stabilire se coperto da segreto⁴⁴. Risulta quindi che il legislatore abbia voluto recepire interamente l'indirizzo giurisprudenziale che imponeva una certa celerità. In questo modo si evita che il detentore di documenti, registrazioni e altro, soggetti a segreto e quindi sottoposti a suggello, sia comunque danneggiato da lungaggini procedurali.

In effetti, il perdurare della sottrazione all'avvocato di documenti soggetti a segreto potrebbe comportare il pernicioso effetto di ostacolare l'esercizio della difesa. D'altra parte, con una procedura veloce di dissigillamento si è pure inteso favorire l'azione penale che non deve risultare bloccata.

Per quanto attiene poi al sequestro, la nuova procedura ha introdotto esplicitamente il divieto di sequestrare documenti inerenti ai contatti dell'imputato con il difensore, indipendentemente dal luogo in cui si trovano e indipendentemente dal momento in cui sono stati allestiti (art. 264 cpv. 1 lett. a nCPP). Ciò significa che simili documenti sono coperti come tali da segreto, indipendentemente se detenuti dall'avvocato, dal cliente o da terzi. Quindi, non si tratta tanto del segreto professionale dell'avvocato in senso stretto, quanto della garanzia di un rapporto protetto tra imputato e difensore quale elemento essenziale per il corretto funzionamento della giustizia.

6. Conclusioni

L'avvocato che dovesse subire una perquisizione nell'ambito di un procedimento penale è bene che proceda subito ad alcune valutazioni preliminari e agisca di conseguenza. Innanzi tutto, determini se i documenti, o i supporti informatici, che vengono perquisiti si riferiscono a informazioni coperte dal segreto professionale. In caso affermativo, chiedi l'apposizione dei sigilli, prima di qualsiasi ispezione.

Se, per contro, l'avvocato non dovesse chiedere l'apposizione dei sigilli quando necessario, non impedirebbe che informazioni coperte dal segreto fossero rivelate. Ciò, potrebbe comportare delle responsabilità di natura civile e penale.

Apposti i sigilli, la procedura che ne segue appare pure decisiva. In effetti, la questione a sapere se i documenti sequestrati sono coperti dal segreto professionale risulterà preliminarmente decisa in prima battuta dall'autorità del dissigillamento. Pertanto, se è pur vero che chiusa la procedura di dissigillamento rimangono salve le disposizioni per l'impugnazione dell'eventuale sequestro, difficilmente ci sarà ancora spazio per una ulteriore contestazione in ragione di un preminente segreto professionale.

⁴⁴ È pure prevista esplicitamente la facoltà del Giudice di avvalersi di un esperto per l'esame della documentazione (art. 248 cpv. 4 nCPP). Ciò che già era stato stabilito dalla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 132 IV 63; DTF 126 II 495, cons. 2d/aa).

L'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA DEGLI AVVOCATI E DEI NOTAI E L'AFFILIAZIONE AD UN ORGANISMO DI AUTODISCIPLINA

Lorenza Rossini Scornaienghi,
avvocato, controllore OAD FSA/FSN

La legge federale sul riciclaggio di denaro è in vigore dal 1998. Dal 1999 esiste l'Organismo di autodisciplina della Federazione Svizzera degli Avvocati e della Federazione Svizzera dei Notai che funziona da organismo di autoregolamentazione ai sensi dell'art. 24 LRD.

A 10 anni dall'entrata in vigore della LRD e dopo quasi un quinquennio di esperienza maturata dall'OAD FSA/FSN, può risultare interessante ed utile ricapitolare alcuni punti salienti nonché le ultime novità in materia di autodisciplina.

I. Introduzione

Per memoria, si rammenta che l'avvento della Legge federale sul riciclaggio di denaro (LRD) ha esteso il concetto di autoregolamentazione o autodisciplina a diverse branche professionali attive nel settore dell'intermediazione finanziaria.

Come noto, gli avvocati ed i notai, che a lato della tipica professione forense esercitano altresì un'attività finanziaria e/o commerciale, sono soggetti, per queste attività, alla LRD e devono dunque richiedere all'Autorità di con-

trollo un'autorizzazione nonché affiliarsi ad un organismo di vigilanza.

A questo scopo, la **Federazione Svizzera degli Avvocati e la Federazione Svizzera dei Notai** hanno costituito l'Organismo di autodisciplina della Federazione Svizzera degli Avvocati e della Federazione Svizzera dei Notai (OAD FSA FSN) con sede in Berna.

Il Regolamento dell'OAD FSA/FSN si applica a tutti gli avvocati ed ai notai affiliati all'OAD.

II. L'avvocato, il notaio e l'attività di intermediazione finanziaria

Per stabilire se avvocati e notai soggiacciono o no alla LRD, la prassi dell'Autorità di controllo LRD fa riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale in materia di segreto professionale degli avvocati nonché al diritto di non deporre. Il Tribunale federale opera una distinzione tra attività tipica forense, ovvero sia un'attività che può essere in principio esercitata esclusivamente da avvocati, ed attività commerciale ovvero sia un'attività che di regola è esercitata da fiduciari, gestori patrimoniali o banche e non rientra di conseguenza tra le attività tipiche della professione di avvocato. Laddove prevale l'elemento commerciale su quello forense, secondo il Tribunale federale, il segreto professionale non può essere esteso a tale attività.

Stando all'Autorità di controllo, la LRD si applica dunque alle attività di intermediazione finanziaria degli avvocati e dei notai se queste non rientrano nel campo specifico della professione.

A titolo di esempio che non si vuole esaustivo, tra le tipiche attività di intermediazione finanziaria dell'avvocato e del notaio riscontrate durante i controlli effettuati dai revisori dell'OAD FSA/FSN si possono citare: l'ammi-

nistrazione di patrimoni, l'attività come organi di società di sede, la custodia di valori mobiliari, la funzione di trustee, la funzione di "escrow agent" non connessa con pratiche forensi, ecc.

Per quanto attiene alla custodia di valori mobiliari, la prassi dell'Autorità di controllo ha precisato che è sottoposta alla LRD la custodia di denaro in contanti, metalli preziosi e titoli al portatore mentre non soggiace alla LRD la custodia di azioni nominative non aventi carattere di valori mobiliari. Come indicato dall'Autorità di controllo, l'avvocato o il notaio che custodisce presso di sé i certificati azionari di società fondate per conto di suoi clienti non deve essere considerato un intermediario finanziario se si tratta di azioni o di certificati azionari nominativi.

III. L'Obbligo di affiliazione ad un OAD

L'avvocato e/o il notaio che esercita un'attività di intermediazione finanziaria a titolo professionale ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LRD ha l'obbligo di affiliarsi direttamente all'Autorità di controllo o ad un OAD.

Appare dunque utile rammentare che l'obbligo di affiliazione nasce unicamente dal momento in cui l'avvocato o il notaio esercita un'attività di intermediazione finanziaria a titolo professionale.

Per stabilire se l'attività è esercitata a titolo professionale, si deve fare riferimento all'Ordinanza dell'autorità di controllo del 20.08.2002 (OAP-LRD) che stabilisce i criteri per l'attività a titolo professionale ovvero sia il ricavo, il numero delle controparti, il volume dei valori patrimoniali di terzi, le transazioni (art. 4-7 OAP-LRD).

Ne risulta che, laddove l'avvocato non riempie i criteri per l'attività a titolo professionale, non si rende necessaria l'affiliazione all'OAD.

IV. I controlli dell' OAD FSA/FSN

a) Frequenza dei controlli

Come ancora precisato dall'OAD nel suo ultimo bollettino del maggio 2008, l'Intermediario finanziario non può avere alcun influsso sul ritmo del controllo, la definizione della cadenza dei controlli essendo di esclusiva competenza dell'OAD FSA/FSN (Bollettino 01/2008 pubblicato in www.sro-sav-snv.ch).

b) Contenuto dei controlli

In occasione del controllo OAD, il controllore verifica innanzitutto il rispetto degli obblighi definiti nel capitolo 2 della LRD, nello Statuto, nel Regolamento e nelle altre disposizioni emanate dall'OAD.

Il controllore procede segnatamente al controllo dell'organizzazione dello Studio legale onde valutare se la medesima nonché le disposizioni adottate dall'intermediario finanziario per adempiere agli obblighi imposti dalla LRD sono state poste in atto in modo appropriato. Egli verifica altresì l'adozione e l'implementazione da parte dell'intermediario finanziario delle direttive interne sulla classificazione del rischio (art. 59 lett. h) Regolamento), la completezza degli incarichi LRD per quanto concerne il profilo cliente, la documentazione concernente l'accertamento dell'identità della controparte e, se necessario, dell'avente diritto economico, i documenti concernenti le persone giuridiche, la documentazione bancaria tra la quale devono figurare perlomeno gli estratti trimestrali ed i documenti di apertura della relazione bancaria nonché tutta la documentazione atta a rendere plausibili le operazioni svolte.

Un'attenzione particolare viene posta al profilo cliente, il quale costituisce un ele-

mento fondamentale per una corretta trattazione dei mandati di intermediazione finanziaria e deve pertanto essere completo, veritiero ed aggiornato.

A questo proposito, si ricorda che sul sito dell'OAD FSA/FSN sono disponibili dei formulari prestampati che possono essere impiegati per redigere il profilo cliente persona fisica o giuridica.

c) Intermediari finanziari senza incarti LRD

Nella prassi, si è potuto constatare che avvocati e notai si sono iscritti all'OAD FSA/FSN pur non esercitando alcuna attività di intermediazione finanziaria e non avendo di conseguenza alcun incarto LRD.

Si rammenta che, tale iscrizione, di per sé inutile, comporta comunque, per l'avvocato o il notaio che si è iscritto all'OAD FSA/FSN, l'obbligo di sottoporsi al controllo previsto dall'art. 45 dello Statuto dell'OAD FSA/FSN. In questo caso il controllore, non essendovi incarti LRD da esaminare dovrà anzitutto verificare l'adeguata conoscenza della normativa antiriciclaggio da parte dell'affiliato e l'organizzazione del medesimo. Inoltre, conformemente a quanto stabilito dal Tribunale federale mediante decisione del 9 novembre 2005 (DTF 2A.375.2005) che conferma una precedente decisione del Dipartimento federale delle finanze (DFF), il controllore dovrà verificare altresì se l'affiliato separa effettivamente ed in modo corretto la propria attività professionale specifica dall'attività accessoria di intermediazione finanziaria. In questo caso, come chiarito dal TF « la vérification du respect des obligations définies au chapitre 2 LBA implique en effet que les affiliés donnent les renseignements voulus sur

la manière dont ils séparent les dossiers relatifs respectivement à leur activité spécifique ou à leur activité commerciale et permettent les vérifications qui sont à cet égard nécessaires ».

d) Le affiliazioni collettive

L'articolo 8 del Regolamento prevede che gli Studi di avvocati e di notai che hanno almeno due soci possono richiedere l'affiliazione collettiva a condizione che tutti i soci siano avvocati o notai, che siano tutti compresi nella richiesta di affiliazione e che lo Studio disponga di un'organizzazione comune nel campo della lotta contro il riciclaggio.

In caso di affiliazione collettiva, l'acquisizione di nuovi soci implica l'obbligo di annuncio all'OAD entro il termine di due mesi. Tale obbligo vige anche quando il nuovo socio non è un intermediario finanziario.

Si ricorda che lo Studio che sceglie un'affiliazione collettiva deve disporre di una lista incarti unica sulla quale devono essere riportati tutti gli incarti LRD dello Studio sempre mediante numerazione progressiva.

In caso di passaggio da un'affiliazione individuale ad un'affiliazione collettiva, sarà dunque necessario predisporre una lista di incarti LRD unica valida per tutto lo studio premurandosi al contempo di creare i rinvii alle vecchie liste individuali in modo da garantire la corretta esecuzione dei controlli.

e) La società anonima di avvocati

Per far fronte alle richieste di affiliazione da parte di società anonime di avvocati, l'OAD FSA/ FSN sta elaborando le necessarie modifiche dello Statuto onde stabilire in modo chiaro le condizioni di affiliazione.

Di massima l'OAD ritiene un'affiliazione da parte di una società anonima di avvocati possibile. Gli adattamenti dovranno in ogni caso essere approvati dall'Autorità di controllo. L'obiettivo è quello di attuare le modifiche entro la fine dell'anno.

Il presente articolo è stato redatto dall'autrice a titolo personale, il contenuto non vincola in alcun modo l'OAD FSA/FSN.

Decisione no 354 del 28 aprile 2008 della Commissione di disciplina

Offese a magistrato. Multa di Fr. 1'500.– quale pena complementare a quella inflitta in un altro procedimento di medesima data. Art. 12 a) LLCA, 30 CAvv, 8 CSD, 2 DPA, 49 cfr. 2 CPS

considerato

1. (omissis)
2. Il pretore trasmette a questa commissione lo scritto dell'avv. X alla Pretura che recita:

“inc. n. (omissis), suo decreto supercautelare del (omissis)

*Onorevole Signor Pretore,
complimenti. Raramente, anzi mai, mi era capitato di ricevere un'assurdità simile da una pretura.*

Un po' di ragionamento prima di emettere simili cose sarebbe utile.

Buon lavoro.

avv.X

Egli sottolinea di ritenere inaccettabile questo scritto, aggiungendo di non poter che prendere atto che, nemmeno avvertito, il legale ritiene utile interrogarsi sui suoi doveri di patrocinatore.

Nelle osservazioni del (omissis) l'avv. X espone quanto segue:

“... mi riferisco alla comunicazione (omissis) fatta a seguito della succinta e confusa (su quali doveri avrei dovuto interrogarmi?) segnalazione del Dottore.

Rispetto e ho sempre rispettato le istituzioni. Il mio scritto (omissis) tradisce un'enorme irritazione, per una decisione supercautelare allucinante (dove stava l'urgenza, dove ha visto il danno irreparabile?). Solo il Permalosetto Pretore li ha visti.

Non mi sembra però di avere insultato nessuno.

Si è sentito offeso? Affari suoi.

Il fatto che a seguito delle sue stravaganze giuridiche io abbia perso un buonissimo cliente (difficile far capire al cliente che a volte i Giudici sbagliano ...) sono affari miei. E mi rattristo.

Faccia il Pretore un po' meno il permaloso e cerchi di svolgere meglio il suo lavoro. Non sono del resto l'unico a pensarla così

Forse oggi, riscriverei parola per parola, la stessa cosa. Sempre senza violare nessuna norma ma esprimendo sconcerto, stupore e anche rabbia. Se poi uno se la prende a male ... si ricordi che nei limiti (che io ho, mi pare, rispettato) c'è la libertà di espressione.

Cordiali, collegiali saluti."

3. (omissis)
4. Nel presente caso occorre stabilire se sia stato violato l'art. 12 lett. a) della LLCA, che impone all'avvocato di esercitare la professione con cura e diligenza, in relazione all'art. 30 CAvv, concernente i doveri verso i giudici e le autorità e che prevede che l'avvocato mantenga un atteggiamento dignitoso verso i magistrati e le autorità. Lo stesso dovere è previsto dall'art. 8 CSD, sui rapporti con le autorità e che dispone che l'avvocato si rivolga alle autorità con il rispetto loro dovuto attendendosi da loro la medesima considerazione.
5. Il denunciato, quale avvocato, può in linea di principio prevalersi della libertà di opi-

nione e di espressione (DTF 125 I 417, cons. 3; 108 Ia 316, cons. 2; 106 Ia 100, cons. 6a; RDAT 1996-I, n. 7 cons. 3b). Detta libertà non è però assoluta, ma soggiace a restrizioni, le quali devono poggiare su di una base legale sufficiente, essere sorrette da un interesse pubblico preponderante e risultare proporzionate allo scopo perseguito (art. 36 Cost.).

L'art. 10 cpv. 2 CEDU stabilisce inoltre le condizioni in base alle quali può essere ammessa una limitazione della libertà in questione: essa deve essere prevista dalla legge, mirare al perseguimento di un fine legittimo ed essere necessaria in una società democratica (STF 2b.304/2002, cons. 5.1).

6. La giurisprudenza ha oramai più volte sottolineato come l'avvocato goda in linea di massima di un ampio margine di critica, specialmente sull'attività giudiziaria, in quanto tra i suoi compiti rientra anche quello relativo al controllo sull'amministrazione della giustizia. Ciò non lo legittima però a portare attacchi sconsiderati e infondati verso magistrati e colleghi, in quanto la tutela della personalità e dell'onorabilità di questi ultimi è senz'altro preminente rispetto la sua libertà di esprimersi. L'efficace difesa degli interessi del cliente non impone necessariamente all'avvocato di far valere le proprie ragioni, utilizzando strumenti giuridici o espressioni volti in sostanza a gettare discredito sulle istituzioni, sui magistrati o su colleghi (STF cit. cons. 5.2).
7. Nel caso specifico, lo scritto (omissis) dell'avv. X lascia allibiti. Abbandonando completamente ogni dovere di patrocinatore, eventualmente non d'accordo con un giudizio supercautelare, non ha pensato ad altro che scrivere una lettera di scherno al giudice, del

tutto irriguardosa, fuori dal contesto processuale e con una critica fine a se stessa. È pacifico che la forma utilizzata lede l'onore del magistrato, senza essere circoscritta ad affermazioni e a valutazioni di fatti (DTF 106 Ia 100, cons. 8b; STF 2p.212/2000 in RDAT 2001-II n. 10 cons. 7b, STF 4p.36/2004, cons. 3.3.2).

A questa commissione appare preoccupante la mancata presa di coscienza nelle osservazioni del (omissis), che rincarano anzi la dose, chiamando il magistrato semplicemente “Dottore”, qualificandolo di “Permalosetto Pretore”, continuando dicendo che sarebbero “affari suoi” se “si è sentito offeso”. Tutto lo scritto è un'inquietante espressione di supponenza, che squalifica l'avvocato.

Così facendo, il legale straccia i più elementari criteri di buona educazione. Non per nulla il CSD indica quale dovere il rispetto nei confronti dell'autorità, dalla quale ci si attende la medesima considerazione.

La dignità della professione di avvocato non permette simili licenze, che vanno considerate estremamente gravi, controproducenti, inutili e vessatorie.

La reiterata offesa, confermata ancora nelle osservazioni, è un vergognoso segno di mancanza di autocontrollo e di autocritica, che non può che essere punita ai sensi dell'art. 12 lett. a) LLCA, in relazione agli art. 30 CAvv e 8 CSD.

8. Occorre ora stabilire con quale pena la violazione professionale dell'avv. X debba essere sanzionata, ritenuto che l'art. 17 cpv. 1 LLCA prevede l'avvertimento, l'ammonimento, la multa fino a fr. 20'000.—, la sospensione dall'esercizio per due anni al massimo e il divieto definitivo di esercitare.

Lo scopo della sanzione disciplinare è quello di indurre i trasgressori a un com-

portamento futuro consono alla deontologia professionale. I criteri per l'applicazione della misura disciplinare e per la sua commisurazione sono quelli delle disposizioni generali del CPS (art. 2 DPA e 47 CPS). Si deve pertanto giudicare in base alla colpa, tenendo conto dei motivi dell'infrazione, della vita anteriore e delle condizioni personali dell'interessato.

Nel caso in esame si è confrontati con una grave violazione dell'obbligo per l'avvocato di esercitare la professione con cura e diligenza, esplicitato ancora all'art. 11 LAvv, che sottolinea che l'avvocato è tenuto a dimostrarsi degno della considerazione legata alla professione. Non è certo interesse del cliente quello di avere un legale che indispettisca inutilmente il giudice. Le offese sono rimaste fine a se stesse e sono quindi rivelatrici di una mentalità sbagliata.

(omissis)

Sentenza del 10 luglio 2008 della II Corte di diritto pubblico del Tribunale Federale*

* ndr: la versione integrale della sentenza è pubblicata nel sito internet del Tribunale federale (2C_150/2008)

Sospensione dall'esercizio dell'avvocatura per un periodo determinato; pubblicazione della misura sul Foglio ufficiale cantonale. Art.12 lett.a , 18 LLCA

(omissis)

Autorità cantonale di vigilanza

5.2 Come già rilevato in altra occasione (v. sentenza 2A.500/2003 del 17 maggio 2004, consid. 2.1.2), in Ticino le autorità di sorveglianza che i Cantoni devono istituire in esecuzione dell'art. 14 LLCA sono la Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati, in prima istanza, e la Camera per l'avvocatura e il notariato, in seconda istanza (art. 18, 24 cpv. 1 e 31 LAvv). La Commissione di disciplina è un organo composto da membri dell'Ordine (art. 24 cpv. 2 LAvv), non un'autorità penale. La Camera per l'avvocatura e il notariato, sezione del Tribunale di appello ticinese, è per parte sua l'organo giudiziario superiore di sorveglianza (art. 31 LAvv). Non vi è dubbio che i fatti per i quali la ricorrente è stata sanzionata rientrano nell'ambito specifico dei comportamenti soggetti alla sorveglianza disciplinare.

Processo equo CEDU

5.3 Conformemente alla prassi sviluppata in materia dalla CorteEDU (cfr. sentenze del 13 dicembre 2007 nella causa Foglia contra Svizzera, n. 35865/04, cifra 62, e Landolt, precitata), il contenzioso disciplinare rientra nell'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU se la legislazione in materia, come in concreto, contempla la sospensione temporanea dall'esercizio dell'avvocatura per due anni al massimo (art. 17 cpv. 1 lett. d LLCA) e il divieto definitivo di esercitare (art. 17 cpv. 1 lett. e LLCA). Essendo in gioco il diritto di esercitare una professione, la controversia concerne la determinazione di diritti e doveri di carattere civile ai sensi dell'art. 6 § 1 CEDU. Ciò non significa tuttavia che, per l'art. 6 CEDU, le procedure di prima istanza davanti agli organi che non sono integrati nelle strutture giudiziarie ordinarie quali gli organi amministrativi o disciplinari - debbano soddisfare le esigenze del processo equo. In tale evenienza, è sufficiente, ma anche necessario, che l'interessato disponga del diritto di ricorrere a un organo giudiziario indipendente, dotato di pieno potere cognitivo, che offra le garanzie dell'art. 6 CEDU (sentenza della CorteEDU nella causa Landolt, precitata).

(omissis)

Diniego di giustizia formale

6.1 (omissis)

Dal diritto di essere sentito, desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost., la giurisprudenza ha dedotto, tra l'altro, il diritto dell'interessato di ottenere una decisione motivata. Questa norma non pone esigenze troppo severe all'obbligo di motivazione e l'autorità giudicante è tenuta a esprimersi unicamente sulle circostanze significative, atte a influire in qualche

maniera sul giudizio di merito, e non su ogni asserzione delle parti: l'esigenza ha essenzialmente lo scopo di permettere da un lato agli interessati di afferrare le ragioni alla base della decisione e di impugnarla con cognizione di causa, e dall'altro all'autorità di ricorso di esaminare la fondatezza della decisione medesima (**DTF 133 I 270** consid. 3.1; **129 I 232** consid. 3.2; **126 I 97** consid. 2b). Ora, il giudizio impugnato, che si esprime sull'applicazione di tutte le norme pertinenti e sugli elementi decisivi della contestata sanzione disciplinare, adempie manifestamente tali esigenze.

(omissis)

Cognizione del TF nell'ambito disciplinare

7.1 Il Tribunale federale esamina liberamente l'esistenza di un comportamento di rilevanza disciplinare (sentenze citate 2P.318/2006, consid. 12.1, e 2A.499/2006, consid. 5.1).

(omissis)

Processi privi di possibilità di successo

7.1.3 Giurisprudenza e dottrina osservano che nello svolgimento delle proprie funzioni l'avvocato deve evitare e se del caso distogliere il cliente dalla conduzione di processi privi di ogni possibilità di successo (**DTF 125 I 417** consid. 5a; **123 I 12** consid. 2c/aa; in questo senso pure Felix Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, tesi Berna 1986, pag. 41; Niklaus Studer, *Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach BGFA*, in: *Anwaltsrevue* 2004 pag. 374; più cauto per contro Walter Fellmann, in *Fellmann/Zindel* [editori], *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurigo 2005, n. 43 all'art. 12). Per parte della dottrina rien-

tra inoltre tra gli obblighi professionali di un avvocato quello di non gravare inutilmente sull'amministrazione della giustizia (Wolffers, op. cit., *ibidem*). Non va dimenticato a questo riguardo che gli avvocati hanno uno statuto particolare perché agiscono da intermediari tra i clienti e i tribunali; il che spiega anche le norme di condotta - di diritto pubblico - imposte in generale ai membri dell'ordine (sentenza citata 2A.448/2003, consid. 3 e 7.3, con riferimento alla giurisprudenza della CorteEDU). L'avvocato è quindi reputato assolvere, nell'interesse del cliente, il proprio obbligo di diligenza se la sua azione appare oggettivamente quanto meno sostenibile (Giovanni Andrea Testa, *Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten*, tesi Zurigo 2000, pag. 61 segg.). Va da sé che la conduzione errata o inopportuna di un processo concerne in prima linea la responsabilità civile dell'avvocato. Nondimeno, in casi grossolani, un comportamento gravemente negligente, quale può essere la conduzione di un'azione processuale temeraria, abusiva o comunque priva di ogni possibilità di successo, può giustificare pure una sanzione disciplinare (Testa, op. cit., pag. 83; Fellmann, op. cit., n. 15 e 43 all'art. 12; Studer, op. cit., pag. 374).

(omissis)

Grave lesione degli interessi dei clienti

7.2.2 A ragione i giudici cantonali hanno pertanto ravvisato, con riferimento alle procedure oggetto della segnalazione del (omissis), una violazione dell'art. 12 lett. a LLCA e ritenuto che la ricorrente - oltre ad avere eccessivamente e inutilmente intralciato l'attività giudiziaria - ha

gravemente leso gli interessi dei clienti, i quali non solo sono stati così illusi sulle possibilità di esito favorevole delle loro vertenze, ma ne hanno pure vista ritardata la conclusione con perdita non indifferente di tempo e di denaro. In questo modo l'insorgente è grossolanamente e ripetutamente venuta meno agli obblighi di tutela del pubblico e di salvaguardia della credibilità e della dignità della categoria (cfr. **DTF 128 I 346** consid. 2.2; **106 Ia 100** consid. 13c).

(omissis)

Diritto di critica dell'avvocato

7.3.2 Indipendentemente dall'ampio diritto di critica riconosciuto all'avvocato nei riguardi dell'attività giudiziaria (**DTF 108 Ia 316** consid. 2b/bb; **106 Ia 100** consid. 8b; RtiD II-2004 pag. 210, consid. 3.3.2 con riferimenti), le asserite gravi violazioni procedurali rimproverate alle autorità inquirenti in ambito penale non giustificavano il comportamento della ricorrente. Queste carenze potevano infatti essere adeguatamente fatte valere nelle opportune sedi e nei dovuti modi, senza ricorrere a forme plateali di protesta, suscettibili per giunta (quanto meno potenzialmente, considerata la natura mediatica delle esternazioni fatte ai giornalisti allora presenti in aula; omissis) di incrinare senza necessità la fiducia del pubblico nei confronti della giustizia e di influenzare l'oggettività del giudizio.

(omissis)

Natura della sanzione disciplinare

8.1 Occorre tenere presente in questo contesto che la decisione in merito al genere e all'entità della sanzione disciplinare da

irrogare spetta in primo luogo all'autorità disciplinare competente. A differenza di quanto avviene per la verifica dell'esistenza di un comportamento disciplinarmente rilevante, che il Tribunale federale esamina con pieno potere cognitivo, quest'ultimo si impone un certo riserbo allorché deve stabilire il provvedimento da adottare. Il Tribunale federale interviene solo nella misura in cui la sanzione impugnata - che, contrariamente a quanto lascia intendere la ricorrente, non ha natura penale, bensì amministrativa, avendo essenzialmente per scopo la tutela del pubblico e la salvaguardia della credibilità e della dignità della categoria (cfr. **DTF 128 I 346** consid. 2.2; cfr. inoltre sentenza 2C_344/2007 del 22 maggio 2008, consid. 1.3) - eccede i limiti del potere di apprezzamento concesso all'autorità disciplinare e appare così chiaramente sproporzionata e addirittura arbitraria. In quest'ambito occorre considerare che la sospensione (temporanea) dall'esercizio della professione costituisce la sanzione più incisiva. In quanto tale, essa va pronunciata di regola solo in caso di recidiva e solo se le circostanze lasciano supporre che provvedimenti meno severi non saranno sufficienti per indurre la persona interessata a un comportamento rispettoso delle regole professionali.

(omissis)

Attività negata dalla sospensione

8.4 (omissis)

Toccata dalla sanzione è tuttavia unicamente l'attività riservata al monopolio. Ciò significa che durante il periodo di sospensione è unicamente vietata la rappresentanza in giudizio in procedure penali e civili, mentre è fatta salva l'atti-

vità di consulenza come anche quella giudiziaria in procedure di diritto pubblico. In considerazione dei limitati effetti della sanzione e tenuto conto dell'insieme delle circostanze concrete, la sospensione di sei mesi è pertanto sostenibile e non può certo dirsi arbitraria. La Corte cantonale non ha di conseguenza ecceduto il margine di apprezzamento riservato dalla giurisprudenza.

(omissis)

Pubblicazione della sanzione

9.1 Sebbene sia innegabilmente atta a produrre effetti negativi su chi ne è colpito, in realtà l'ordinata pubblicazione - disposta in applicazione dell'art. 49 cpv. 2 seconda frase LAVv, per il quale la sospensione temporanea dell'esercizio della professione può essere pubblicata (sul Foglio ufficiale cantonale) se le esigenze lo esigono - non costituisce propriamente una ulteriore, e in virtù della esaustiva regolamentazione dell'art. 17 LLCA inammissibile sanzione disciplinare - come non lo sono del resto, contrariamente a quanto lascia intendere l'insorgente, nemmeno le spese di procedura addossate dalle precedenti istanze sulla base degli art. 37 cpv. 2 LAVv e 60 cifra 5 RAvv -, ma rappresenta piuttosto una misura procedurale (cantonale) di attuazione del diritto federale. Di conseguenza, il fatto che la pubblicazione della sospensione non sia prevista dalla LLCA non osta alla sua disposizione. Del resto, a differenza di quanto previsto per la sua iscrizione (art. 6 cpv. 3 LLCA), neppure la pubblicazione della radiazione dal registro è contemplata dal diritto federale, ma né tale circostanza né il fatto che l'art. 10 cpv. 2 LLCA - che conferisce a chiunque il diritto di con-

sultare il registro e di sapere se un avvocato è iscritto, sospeso o definitivamente escluso dall'esercizio dell'avvocatura - tenga già conto dell'esigenza di informazione del pubblico impediscono ai cantoni di prevedere una simile misura (Ernst Staehelin/Christian Oetiker, in: Fellmann/Zindel, op. cit., n. 8 e 11 all'art. 9, per i quali nella misura in cui dispone la pubblicazione, ad esempio su internet, dell'elenco degli avvocati iscritti a registro, l'autorità cantonale competente deve ugualmente garantire che una eventuale sospensione venga sufficientemente menzionata).

(omissis)

Varia

Servizio di consulenza giuridica nel Sopraceneri

Nonostante l'appello apparso nella Newsletter OATi no. 11, non abbiamo sufficienti avvocati per la sede di Giubiasco.

Rinnoviamo quindi l'invito ai colleghi di volersi cortesemente mettere a disposizione per questo nostro Servizio particolarmente apprezzato dall'utenza. Ricordiamo che l'impegno consiste in una mezza giornata ogni 18 mesi.

Studio legale e notarile a Locarno

cerca subentrante, per cessazione di attività, secondo modalità da concordare.

Per informazioni rivolgersi al:

no. **091 752 13 07**

oppure a casella postale 633, 6601 Locarno.

Impressum

Editore

Ordine degli avvocati del Cantone Ticino,
Corso San Gottardo 54c, 6830 Chiasso, Svizzera
tel. 091 682 95 61 - fax: 091 682 95 62
E-mail: info@oati.ch
Website: <http://www.oati.ch>

Comitato di redazione

Commissione del Bollettino
dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino
avv. Mariagrazia Will-Rossini, presidente,
Via Lavizzari 3, 6901 Lugano,
tel. 091 923 98 33
E-mail: will-rossini@ticino.com
avv. Attilio Rampini, membro, Piazza Cioccaro 4,
6901 Lugano, N. tel. 091 924 22 60
E-mail: arampini@hotmail.com
avv. Renato Cabrini, membro,
Corso Elvezia 7, 6901 Lugano,
tel. 091 921 31 32
E-mail: rcabrini@swissonline.ch

Distribuzione

Segretariato dell'Ordine degli avvocati
del Cantone Ticino
Corso S. Gottardo 54c, 6830 Chiasso

Stampa

Pedrazzini Offset
tipografia-legatoria-edizioni-pubblicità
Via Varenna 7 - 6600 Locarno
tel. 091 751 77 34 - fax: 091 751 51 18

Tiratura

1150 esemplari
2 numeri all'anno: aprile e novembre

Chiusura redazionale

15 marzo / 30 settembre

Abbonamento annuale: CHF 25.–

Numero singolo: CHF 15.–

Bollettino No. 36 – Novembre 2008