



## Sommario

<b>Successione e beni d'impresa</b>	<b>3</b>
Emanuela Epiney-Colombo, Avvocato, già Giudice al Tribunale d'appello	
<b>Quel presupposto processuale troppo spesso dimenticato...</b>	<b>7</b>
Francesca Verda Chiocchetti, Avvocato, vicecancelliera del Tribunale d'appello	
<b>Commesse pubbliche, dovere di trasparenza e potere d'apprezzamento</b>	<b>9</b>
Daniele Fumagalli Avvocato, Ufficio giuridico del Dipartimento del territorio	
<b>L'espulsione giudiziaria dei criminali stranieri</b>	<b>12</b>
Daniele Galliano Avvocato, segretario giudiziario presso il Ministero pubblico di Lugano	
<b>Varia</b>	<b>24</b>
<b>Decisioni della Commissione di disciplina degli avvocati</b>	
<b>Impressum</b>	<b>32</b>



# Successione e beni d'impresa

Emanuela Epiney-Colombo©

Avvocato, già Giudice al Tribunale d'appello

## Introduzione

Nel Cantone Ticino le imprese familiari sono il 62%, percentuale che sale al 78% a livello svizzero<sup>1</sup>. La questione della trasmissione delle imprese alla morte dell'imprenditore rappresenta quindi un capitolo importante del diritto successorio. Il diritto successorio svizzero non prevede tuttavia norme speciali per i beni d'impresa, se non per le aziende e i fondi agricoli, soggetti a un regime giuridico apposito (art. 617 a 619 CC e Legge federale sul diritto fondiario rurale, LDFR<sup>2</sup>).

Il Consiglio federale in un rapporto del 1° aprile 2009 sulla valutazione aziendale nel diritto successorio aveva ritenuto che non era necessaria una regolamentazione specifica per le successioni comprendenti aziende, poiché nel diritto svizzero gli imprenditori hanno già gli strumenti per regolare la sorte della loro impresa in caso di successione, facendo capo al diritto matrimoniale, a quello successorio e a quello societario. Nella documentazione sull'ammodernamento del diritto successorio<sup>3</sup> il Consiglio federale ha ribadito il 4 marzo 2016 tale posizione, rilevando che la maggiore flessibilità offerta dalla proposta di revisione (riduzione delle porzioni legittime con corrispondente aumento della porzione disponibile) apre possibilità interessanti per la successione di imprese.

## Diritto successorio rurale

Il diritto successorio rurale prevede sin dal 1912 norme vincolanti sull'attribuzione preferenziale dell'impresa agricola e sul valore preferenziale della stessa nella successione. Queste norme si trovano ora nella Legge federale sul diritto fondiario rurale (art. 11 a 35 LDFR), legge speciale che si propone di favorire il mantenimento e la conservazione delle aziende agricole familiari, il miglioramento delle strutture produttive, il rafforzamento della posizione dell'agricoltore che gestisce personalmente l'azienda, anche come affittuario, e vuole combattere i prezzi eccessivi dei terreni agricoli (art. 1 LDFR). Il diritto pubblico federale limita quindi il diritto di proprietà agricolo e nell'ambito del diritto successorio sono di rilievo il divieto della divisione materiale e della lottizzazione (art. 58 e seguenti LDFR) e la procedura di autorizzazione per l'acquisizione di aziende e di fondi agricoli (art. 61 e seguenti LDFR). L'acquisizione di un'azienda agricola per successione costituisce un'eccezione al principio dell'autorizzazione.

Il diritto successorio rurale prevede tre strumenti particolari: il diritto all'attribuzione delle aziende agricole (art. 11 a 24 LDFR), il diritto di compera di alcuni parenti del defunto (art. 25 a 27 LDFR) e il diritto all'utile dei coeredi in caso di alienazione successiva nei 25 anni dall'acquisto (art. 28 a 35 LDFR).

Il disponente non può scegliere il successore dell'azienda, che deve obbligatoriamente essere un erede idoneo e disponibile a condurre personalmente l'azienda agricola (art. 21 LDFR). La libertà di scelta dell'imprenditore può esercitarsi solo in presenza di più eredi idonei e desiderosi di coltivare direttamente

1 Fonte: Associazione delle imprese familiari Ticino, [www.aifticino.com](http://www.aifticino.com)

2 Raccolta sistematica del diritto federale, RS 211.412.11.

3 Repertorio sul sito dell'Ufficio federale di giustizia <https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>

l'azienda agricola (art. 19 LDFR). Gli eredi, a loro volta, non sono liberi di dividere l'eredità a loro piacimento e devono rispettare le dimensioni minime imposte dal diritto federale o dal diritto cantonale, che può essere più restrittivo.

Il valore di imputazione sulla quota ereditaria dell'azienda agricola corrisponde per legge al valore di reddito (art. 17 LDFR). Tale norma vuole favorire il mantenimento dell'azienda nella famiglia senza che l'erede intenzionato a riprendere l'azienda si indebiti eccessivamente per pagare il conguaglio agli altri eredi, come sarebbe il caso se l'azienda agricola fosse stimata al suo valore venale. Nella medesima ottica il valore di reddito dell'azienda agricola vale anche, a determinate condizioni, per la liquidazione del regime matrimoniale della partecipazione agli acquisti (art. 212-213 CC)<sup>4</sup>.

Il modello agricolo di trasmissione preferenziale di un'impresa, che si fonda su basi legali costituzionali destinate a favorire l'agricoltura<sup>5</sup>, non può essere trasposto alle altre aziende, per le quali vige il principio costituzionale della libertà economica e di impresa<sup>6</sup>.

### **Pianificazione successoria nelle imprese**

Per le imprese che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 7 LDFR il diritto svizzero offre ampie possibilità per salvaguardare la continuità di un'azienda nel caso di una successione. In questo ambito gli strumenti tipici consistono nel favorire al massimo il coniuge superstite o il partner registrato superstite mediante contratto matrimoniale o convenzione patrimoniale, nel favorire i discendenti mediante dispensa dalla collazione (art. 626 cpv. 2 CC) e attribuzione della quota disponibile (art. 474 CC), per esempio in relazione a

un'impresa e nell'attribuire vantaggi a terzi, in particolare al convivente non registrato.

Il contratto successorio (art. 494 a 497 CC) può essere una soluzione semplice per la successione aziendale quando prevede la trasmissione dell'azienda in modo particolareggiato e tutti gli eredi la accettano. Si può anche utilizzare il contratto successorio quando sono previste donazioni, coinvolgendo tutti gli eredi e facendoli rinunciare a sollevare contestazioni nel caso in cui la liberalità violasse la porzione legittima per effetto di una rivalutazione del bene donato tra il momento del contratto successorio e quello della morte del disponente (che è quello decisivo per il calcolo delle porzioni legittime, art. 474 cpv. 1 e 537 cpv. 2 CC). Con un contratto successorio è anche possibile istituire un tribunale arbitrale per dirimere le eventuali controversie tra gli eredi, ma la clausola compromissoria ha un senso solo se tutti gli eredi del disponente sono parte al contratto successorio.

Nei casi in cui è previsto il trapasso dell'azienda a uno o più discendenti viene spesso usato il contratto matrimoniale della separazione dei beni (art. 247 e seguenti CC) combinato con un contratto successorio che garantisce al coniuge superstite l'assegnazione di immobili e liquidità. Nel regime ordinario della partecipazione agli acquisti è possibile attribuire mediante contratto matrimoniale alla massa dei beni propri di un coniuge i beni destinati all'esercizio di una professione o di un'impresa (art. 199 cpv. 1 CC). Esercita un'impresa anche il coniuge che è socio della società semplice o della società in nome collettivo proprietaria dell'impresa o che dirige una società anonima di cui è azionista maggioritario<sup>7</sup>. Alla morte del

4 Per più ampie spiegazioni si veda Deschenaux/Steinauer/Baddeley, *Les effets du mariage*, 2a edizione, 2009, n. 1411 e ss., pag. 649 e ss.

5 Art. 104 della Costituzione federale, RS 101.

6 Art. 27 della Costituzione federale.

7 Deschenaux/Steinauer/Baddeley, *op. cit.*, n. 973a pag. 456.

coniuge imprenditore i beni propri convenzionali ricadranno interamente nella massa successoria, senza che il coniuge superstite possa pretendere una parte a titolo di scioglimento del regime matrimoniale. Analoga possibilità esiste per le unioni domestiche registrate, nel caso in cui i partner abbiano scelto con convenzione patrimoniale il regime della partecipazione agli acquisti (art. 25 cpv. 1 LUD).

Nell'ambito del diritto societario l'imprenditore può cedere all'erede prescelto come successore dell'azienda azioni con diritto di voto privilegiato, stipulare con eventuali altri soci aziendali patti societari che regolino la procedura da seguire alla morte di un socio o ancora dividere il capitale sociale in capitale azionario con diritto di voto e capitale di partecipazione con soli diritti patrimoniali. Il cambiamento della struttura societaria richiede tuttavia un'adeguata pianificazione temporale di almeno 5 anni e un'accurata analisi delle conseguenze fiscali.

Qualora invece sia prevista l'attribuzione dell'impresa al coniuge o al partner registrato, lo scopo può essere raggiunto con un contratto matrimoniale che preveda l'assegnazione dell'intero aumento al coniuge superstite o al partner registrato nella partecipazione agli acquisti (art. 216 CC, 25 cpv. 1 LUD) o l'assegnazione dei beni comuni al coniuge superstite nella comunione dei beni (art. 241 cpv. 2 CC). L'unico limite consiste nella protezione della porzione legittima dei discendenti di un partner nell'unione domestica registrata (art. 25 cpv. 2 LUD), dei figli non comuni e dei loro discendenti nel regime della partecipazione agli acquisti (art. 216 cpv. 2 CC) e dei discendenti nel regime della comunione dei beni (art. 241 cpv. 3 CC).

In ogni caso l'imprenditore può servirsi a suo piacimento della quota disponibile (art. 474 e seguenti CC) per favorire l'uno o l'altro erede nell'ottica della successione aziendale. Può inoltre prescrivere nelle sue disposizioni di ultima volontà delle norme divisionali (art. 608 cpv. 1 CC), come per esempio indicare chi dovrà dirigere l'azienda, attribuire a un erede i beni aziendali (art. 608 cpv. 3 CC), fissare per i beni d'impresa un valore di imputazione diverso dal valore venale, stabilire per la valutazione dei beni della successione una data diversa da quella della divisione in deroga all'art. 617 CC e altro ancora<sup>8</sup>.

Per garantire la continuità aziendale l'imprenditore previdente dovrà considerare, oltre all'eventualità della propria morte, anche quella di una sua incapacità di discernimento più o meno durevole. Con un mandato precauzionale (art. 360 cpv. 1 CC) potrà indicare chi deve dirigere l'azienda e chi lo può rappresentare nel caso in cui diventasse incapace di discernimento. Il mandato precauzionale si allestisce nella forma dell'atto pubblico o nella forma olografa, nel qual caso deve essere redatto, datato e firmato di suo pugno dal mandante dall'inizio alla fine (art. 361 CC). Tale strumento consente al mandante di incaricare una persona fisica o una persona giuridica per la cura della sua persona, dei suoi interessi patrimoniali e della sua rappresentanza. Il mandante può definire con precisione i compiti del mandatario e dargli istruzioni particolareggiate per l'adempimento del suo mandato (art. 360 cpv. 2 CC). Il mandante può revocare in ogni tempo un mandato precauzionale, rispettando le forme della sua costituzione. L'allestimento di un nuovo mandato precauzionale implica l'annullamento di quelli precedenti, a meno che si tratti di un evidente complemento (art. 362 CC).

8 Steinauer, Droit des successions, 2a edizione, Berna 2015, n. 144a pag. 112.

## Strumenti esteri

Il diritto svizzero vieta le fondazioni di famiglia destinate al mantenimento dei discendenti (art. 335 CC) e i fedecommessi di famiglia (art. 488 CC) e non conosce l'istituto del *trust*, tipicamente anglosassone. Permette tuttavia di amministrare in Svizzera fondazioni di famiglia e fedecommessi di famiglia soggette a diritti esteri<sup>9</sup>. Dal 1° luglio 2007 è in vigore in Svizzera la Convenzione dell'Aia sui *trusts*<sup>10</sup> e sono quindi riconosciuti i *trusts* esteri. I veicoli societari esteri (*Tax haven*), le fondazioni e i *trusts* del diritto estero possono quindi essere usati per la pianificazione successoria. In diversi Stati di tradizione anglosassone (Bahamas, Isole Vergini Britanniche, Jersey, Guernsey, Mauritius, Panama) non sono volutamente protette le porzioni legittime previste da diritti esteri (*Anti forced heirship rules*). Tale situazione può indurre a scegliere di affidarsi a istituti giuridici esteri per eludere la protezione delle porzioni legittime previste dal diritto nazionale. Non vanno tuttavia sottovalutati i rischi geopolitici e le particolarità giuridiche del diritto anglosassone. Il *trust* anglosassone è un patrimonio speciale indipendente senza personalità giuridica, che può durare circa 120 anni. La persona che lo vuole costituire (*settlor*) deve trasferire la proprietà dei beni a un fiduciario (*trustee*) che ne diventa proprietario con l'obbligo di utilizzarli e amministrarli in favore del beneficiario designato e di trasferirli alla scadenza del *trust* al beneficiario finale (*remainderman*). L'uso corretto di questi strumenti giuridici richiede quindi la consulenza di avvocati dello Stato dove li si vuole costituire e un'attenta analisi dei rischi geopolitici, senza dimenticare un'esauriente informazione del disponente sulla natura giuridica dello strumento estero.

## Conclusioni

Diversi strumenti del diritto matrimoniale, del diritto successorio e del diritto societario permettono già di pianificare, per quanto possibile, la successione aziendale. L'ammodernamento del diritto successorio dovrebbe portare maggiore flessibilità per la pianificazione successoria delle imprese, con la riduzione delle porzioni legittime dei discendenti e del coniuge o del partner registrato e la soppressione della porzione legittima dei genitori, ciò che aumenterà la porzione disponibile. È anche prevista una revisione del diritto internazionale privato svizzero riferito all'ambito successorio, di cui non si hanno al momento indicazioni precise. In ogni caso questi strumenti sono complessi e richiedono la consulenza di giuristi, contabili e fiscalisti per trovare la soluzione ottimale per ogni fattispecie. Non va infine dimenticato che non sempre la pianificazione regge alla prova della realtà e del tempo, anche se è stata studiata nei minimi particolari. È impossibile, infatti, prevedere con attendibilità il futuro, specie in ambito economico.

<sup>9</sup> DTF 135 III 614 considerando 1.

<sup>10</sup> RS 0.221.371.

## Quel presupposto processuale troppo spesso dimenticato...

Francesca Verda Chiocchetti  
Avvocato, vicecancelliera del Tribunale d'appello<sup>1</sup>.

Quando si pensa ai presupposti processuali, si tende a credere che si esauriscano in mere questioni di forma di facile definizione e che, in genere, siano sempre riuniti. Si ha la propensione, poi, a presumere che se i medesimi sussistono dinanzi al primo giudice, in virtù di un automatismo lo siano anche in seconda istanza. E si dimentica un presupposto processuale che paradossalmente è elencato per primo al cpv. 2 dell'art. 59 CPC: l'interesse degno di protezione<sup>2</sup>. Eppure, le gravose conseguenze della mancanza di un presupposto processuale – l'irricevibilità dell'istanza/petizione o, in seconda sede, del gravame (art. 59 cpv. 1 CPC) – dovrebbero indurre a maggiore cautela<sup>3</sup>. Ne è un ottimo esempio il caso trattato dal Tribunale federale in una sentenza del 12 marzo 2015<sup>4</sup>. Sebbene sia passato più di un anno da tale giudizio, vale la pena evidenziarne i punti salienti. Da un lato, infatti, esso non è stato pubblicato nella raccolta ufficiale e, quindi, la sua importanza può essere sfuggita; dall'altro, tratta della questione dell'interesse degno di protezione in relazione a un altro argomento spinoso, ossia quello dell'applicazione dell'art. 84 CO.

È noto che a seguito della sentenza del Tribunale federale pubblicata in DTF 134 III 151, il cui approccio giuridico è stato ribadito nel 2009<sup>5</sup> e ancora nel 2010<sup>6</sup>, la possibilità che la parte attrice potesse far valere un credito in valuta straniera postulandone il pagamento in franchi svizzeri – tollerata dalla giurisprudenza cantonale e federale, nonostante il chiaro tenore dell'art. 84 CO – è venuta meno. Ne sono seguite delle situazioni particolarmente dolorose, poiché diversi tribunali cantonali hanno respinto le petizioni/istanze indipendentemente dal momento in cui queste erano state introdotte, così come hanno accolto gravami in funzione unicamente di tale aspetto. Il solco tracciato dalla giurisprudenza federale ha innescato, in altre parole, il blocco della leva sul pilota automatico, con l'indirizzo di accogliere il gravame presentato dalla parte convenuta già solo per il motivo che essa era stata condannata in prima istanza al pagamento di una somma di denaro in franchi svizzeri, mentre la pretesa sarebbe dovuta essere formulata ed eventualmente accolta nella valuta straniera.

Con la sentenza emessa in data 12 marzo 2015 il Tribunale federale ha invece finalmente reinserito la guida manuale. Ha ricordato, in definitiva, che la giustizia non è fine a sé stessa, nel senso che i tribunali non sono tenuti a statuire in assenza di un interesse degno di protezione.

Nel caso in questione la convenuta era stata condannata dal primo giudice al pagamento di un importo in dollari, malgrado la parte attrice avesse richiesto il versamento di una cifra in

1 Le considerazioni del presente articolo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo l'autorità giudiziaria ove l'autrice lavora.

2 Tale presupposto vale chiaramente anche per la seconda istanza cantonale.

3 Va ricordato che l'esistenza dei presupposti processuali è esaminata d'ufficio dal giudice (art. 60 CPC).

4 TF 4A\_555/2014.

5 TF 4A\_230/2008 del 27 marzo 2009, consid. 5.3, pubblicata in: RtiD 2010 I pag. 764 segg., in particolare pag. 771.

6 TF 4A\_206/2010 del 15 dicembre 2010, consid. 4.2, pubblicata in: SJ 133/2011 I pag. 155 segg., e, limitatamente al consid 3, in: DTF 137 III 158.

franchi svizzeri. La convenuta aveva quindi adito la seconda istanza cantonale, chiedendo la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere integralmente la petizione. Il tribunale cantonale ha tuttavia respinto il gravame. Esso ha anzitutto spiegato che il contratto prevedeva, in realtà, che il versamento dovesse essere effettuato in franchi svizzeri e che il primo giudice avrebbe dovuto effettivamente statuire in tale valuta, così come richiesto dall'attrice. Sebbene il giudizio dell'istanza inferiore fosse quindi contrario all'art. 84 CO, esso ha precisato che, in funzione della variazione del cambio, una conversione in franchi svizzeri avrebbe comportato una *reformatio in peius*, di modo che l'appello doveva essere respinto. La convenuta si è quindi rivolta al Tribunale federale, che ha a sua volta respinto il ricorso nella misura in cui era ricevibile. L'Alta Corte non ha negato che si fosse in presenza di una *reformatio in peius*. Essa ha spiegato, però, che il ricorso doveva essere dichiarato in parte irricevibile, poiché, in ragione di tale variazione vantaggiosa alla convenuta, questa non aveva alcun interesse degno di protezione a criticare il giudizio di prima sede.

Certo, la fattispecie trattata è alquanto inconsueta. Questo è verosimilmente il motivo per cui il Tribunale federale non ha ritenuto di pubblicare il giudizio nella raccolta ufficiale. Cionondimeno la sua motivazione giuridica si attaglia a tutti quei numerosi casi in cui, come detto, si era instaurato l'automatismo di accogliere dei gravami per la semplice ragione che la richiesta di giudizio e la condanna di prima istanza erano formulate in franchi svizzeri, mentre la pretesa era espressa in valuta estera<sup>7</sup>.

Vale la pena, sulla questione, di ricordare che secondo il Tribunale federale al giorno d'oggi, in particolare a seguito della diffusione e dell'accessibilità di internet<sup>8</sup>, il tasso di conversione può essere considerato un fatto notorio, che quindi non dev'essere né allegato né provato dal creditore<sup>9</sup>. Ne consegue che il giudice procede a esaminare se la variazione del cambio fa cadere l'interesse degno di protezione della parte ad avvalersi dell'art. 84 CO anche nell'ipotesi in cui la controparte non abbia contestato alcunché al riguardo.

In conclusione, prima di inoltrare un gravame è sempre consigliata un'attenta analisi dell'esistenza dei presupposti processuali a ricorrere. In caso contrario si rischia, offuscati dalle seppur importanti questioni di merito, di incappare in un infelice giudizio di irricevibilità.

7 Cfr. Francesco Trezzini, commento alla sentenza 4A\_555/2014 del 12 marzo 2015, pubblicato in: SZZP 3/2015, pag. 219 seg.

8 Il Tribunale federale fa riferimento, al riguardo, al sito [www.fxtop.com](http://www.fxtop.com) che pubblica i tassi ufficiali diffusi dalla BCE (cfr. anche DTF 138 III 628, consid. 5.5).

9 DTF 135 III 88, consid. 4.1; cfr. pure II CCA 12.2008.52 dell'8 maggio 2009, con cui è stata abbandonata la precedente giurisprudenza cantonale, di senso contrario.

## Commesse pubbliche, dovere di trasparenza e potere d'apprezzamento

Daniele Fumagalli

Avvocato, Ufficio giuridico del Dipartimento del territorio<sup>1</sup>

Scopo del presente articolo è quello di focalizzare sul tema della trasparenza e dei suoi effetti sul potere di apprezzamento del committente, ancora di recente oggetto dell'attenzione della giurisprudenza.

Il principio della trasparenza, espressamente previsto dalla legislazione sulle commesse pubbliche (art. 1 cpv. 3 lett. c CIAP e art. 1 lett. a LCPubb), è essenziale al fine di garantire la parità di trattamento e una concorrenza efficace. In virtù di tale principio, gli offerenti devono poter comprendere la prestazione richiesta dal committente, prevedere i criteri di idoneità e di aggiudicazione con i quali esso valuterà le offerte e contare sul fatto che esso non possa, nel corso della procedura di aggiudicazione, modificare tali criteri o la loro ponderazione (DTF 125 II 86 c. 7c; 139 II 489 c. 4.1; BR/DC 1/2016, p. 29, n. 3 e BR/DC 1/2015, p. 37, n. 20). Anche i sottocriteri devono essere comunicati nella misura in cui siano già stati stabiliti al momento dell'avviso di gara (BR/DC 1/2015, p. 37, n. 17). I criteri di idoneità e di aggiudicazione devono essere chiari, precisi, quantificabili, fissati sulla base di parametri oggettivi e scelti in funzione della natura e delle caratteristiche della commessa (JACQUES DUBEY, *Le concours en droit des mar-*

*chés publics*, Zurigo, Basilea e Ginevra 2005). Criteri di idoneità o di aggiudicazione estranei alla commessa (come per esempio quelli vertenti su aspetti sociali e ambientali) sono viepiù ammessi ma a condizione che siano previsti da una base legale (GUERRIC RIEDI, *Les aspects sociaux des marchés publics*, en particulier la protection des travailleurs, in *Marchés publics* 2016, Zurigo, Basilea e Ginevra 2016).

A livello cantonale, l'art. 10 cpv. 2 lett. k RLCPubb/CIAP prevede espressamente che i documenti di gara devono contenere i criteri e/o i sottocriteri di aggiudicazione in ordine di importanza, con la relativa ponderazione e la scala e/o il metodo di valutazione.

La predeterminazione di tali criteri, imposta dal principio di trasparenza, ha quale conseguenza di limitare il potere d'apprezzamento del committente ed esclude la sua libertà di valutare le offerte pervenutegli secondo parametri elaborati a posteriori nell'ottica di giustificare una determinata scelta (DTF 125 II 86 consid. 7c pag. 100 segg.; STA 52.2015.580 del 18 aprile 2016 e 52.2008.152 dell'11 luglio 2008 consid. 2.1). Quando il committente si discosta dalle "regole del gioco" che si è imposto, adotta un comportamento che può risultare manipolatorio del risultato del pubblico concorso e quindi discriminatorio e contrario al principio della buona fede (ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. 159 e 252 e segg.).

Il bando di concorso costituisce dunque un insieme di regole e di condizioni che concretizzano e precisano il quadro procedurale predisposto dalla legge ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. L'avviso di concorso e i relativi atti costituiscono la *lex*

<sup>1</sup> Le considerazioni del presente articolo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo l'ufficio ove l'autore lavora.

*specialis* del procedimento e vincolano tanto l'ente banditore, quanto i concorrenti. Essi devono rispettare la legge sulla quale si fonda il concorso e i principi generali del diritto amministrativo, specie in correlazione all'ossequio delle regole della buona fede, della parità di trattamento e della non-discriminazione tra i concorrenti (STA 52.2015.549 del 22 febbraio 2016 e 52.2016.41 del 19 maggio 2016; DTF 125 I 203 seg. e 121 I 279 seg.; RDAT II-1997 n. 47, II-1994 n. 5 e 1982 n. 14). Tali principi rendono inoltre inammissibili quei criteri volti a escludere senza motivi oggettivi i concorrenti secondo la loro provenienza, oppure quelli che eliminano qualsiasi concorrenza tra gli offerenti, imponendo dei requisiti a cui soltanto uno o due potenziali concorrenti possono adempiere (STA 52.2015.549 del 22 febbraio 2016; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. 324; PETER GALLI; ANDRÉ MOSER, ELISABETH LANG, MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 588 e segg.). I criteri che introducono una preferenza locale sono potenzialmente discriminatori e quindi ammessi con riserva solo nei casi in cui è la natura particolare della commessa a giustificarne la loro presa in considerazione. Sono tali per esempio il servizio dopo-vendita, la conoscenza dei luoghi, la distanza di trasporto (ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. 330). Si osserva che se da un lato va garantita la parità di trattamento tra i domiciliati in Svizzera, d'altro lato è possibile escludere i concorrenti esteri dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di commesse pubbliche, ciò tuttavia limitatamente alle commesse il cui valore è al di sotto di quello fissato dai trattati internazionali (cfr. STA 52.2007.237 del 13 settembre 2007 e 52.2007.248 del 16 ottobre 2007).

Il principio della trasparenza non impone tuttavia al committente di prestabilire complesse griglie di valutazione. Il committente può anche indicare solo sommariamente il metodo che intende applicare per valutare concretamente le offerte. Può per esempio limitarsi a definire preventivamente soltanto una scala delle note, congruente per tutti i criteri d'aggiudicazione, che indichi mediante semplici predicati come intende valutare le offerte sulla base delle informazioni richieste dal bando e fornirgli dai concorrenti. Dovrà poi, nella motivazione del provvedimento di delibera, fornire una giustificazione adeguata e sostenibile della nota che ha attribuito ai singoli concorrenti per ogni criterio d'aggiudicazione, dopo averne comparato in modo rispettoso della parità di trattamento gli aspetti, che secondo il bando si è impegnato a valutare (STA 52.2015.580 del 18 aprile 2016 e 52.2010.14 del 18 marzo 2010 consid. 3.1).

I criteri di idoneità e d'aggiudicazione fissati dal bando di concorso possono tuttavia riservare al committente un margine discrezionale relativamente ampio ai fini della valutazione delle offerte. Anche se il committente fruisce di una certa latitudine di giudizio, ciò non significa che abbia un potere discrezionale. L'autorità di ricorso deve verificare che l'apprezzamento sia contenuto nei termini prestabiliti e si fondi su considerazioni serie e pertinenti. La scelta dei criteri d'idoneità e di aggiudicazione operata può essere censurata da parte dell'autorità di ricorso nella misura in cui integra gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso del potere d'apprezzamento (art. 38 cpv. 1 lett. a LCPubb). Censurabili, da questo profilo, sono quindi soltanto quei criteri che si fondano su considerazioni estranee alla materia, che non permettono di esprimere un giudizio ponderato sulle attitudini dei concorrenti, che ledono il principio della parità di trattamento o che limi-

tano senza ragionevole motivo la libera concorrenza (STA 52.2015.549 del 22 febbraio 2016; STA 52.2011.603 del 23 febbraio 2012 = RtiD II-2012, n. 27 consid. 2.1; RDAT I-1995 n. 14; MARCO BORGHI/GUIDO CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2d ad art. 61; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Berna 2000, pag. 623; ADELIO SCOLARI, Diritto amministrativo, parte generale, II. ed., Cadenazzo 2002, n. 413). Va osservato che un certo riserbo s'impone all'autorità di ricorso considerato che la valutazione presuppone sovente delle conoscenze tecniche, si fonda sulla comparazione tra le varie offerte inoltrate e comporta pure, inevitabilmente, una componente soggettiva da parte del committente (STA 52.2015.580 del 18 aprile 2016, 52.2004.221 del 16 luglio 2004 e 52.2015.149 del 26 giugno 2015; STF 2P.285/1998 del 23 dicembre 1998, consid. 4b; RDAT I-2002 n. 24, consid. 4.1).

La giurisprudenza ha per esempio ritenuto che può rientrare nel margine di apprezzamento del committente la scelta di limitare a una sola categoria professionale la cerchia dei concorrenti a un concorso. Tale criterio d'idoneità, nella misura in cui aveva quale scopo di ottenere l'offerta di prestazioni di qualità, è stato ritenuto sostenibile in quanto oggettivo, pertinente, non discriminatorio e non ostacolante della libera ed efficace concorrenza. Si cita in particolare la limitazione ai soli pittori a esclusione dei gessatori a un concorso per opere da pittore di isolamento termico di facciata esterna e di tinteggio (STA 52.2016.146 dell'8 giugno 2016) e la limitazione alle sole imprese di pavimentazione a scapito dei giardinieri per pavimentazione sintetica di un campo da calcio (STA 52.2016.41 del 19 maggio 2016). È pure stato ritenuto come rientrante nella latitudine di giudizio del committente il criterio di ido-

neità relativo alla distanza dai magazzini comunali di una piazza di deposito/consegna messa a disposizione dall'offerente. Anche in questo caso è stato ritenuto che il criterio rispondeva a un'esigenza di servizio ed era sorretto da motivi oggettivi e pertinenti (STA 52.2015.549 del 22 febbraio 2016).

Il potere di apprezzamento del committente è dunque notevolmente limitato dal principio di trasparenza, che gli impone di predeterminare dei parametri, che siano chiari, precisi, quantificabili, non discriminatori e fissati sulla base di parametri oggettivi e pertinenti alla prestazione richiesta, ai quali attenersi nella valutazione delle offerte e nella delibera di aggiudicazione della commessa.

# L'espulsione giudiziaria dei criminali stranieri

Daniele Galliano

Avvocato, Segretario giudiziario presso il Ministero Pubblico di Lugano<sup>1</sup>

## 1. Introduzione

Con l'espressione *“espulsione giudiziaria”* si intende generalmente l'allontanamento dal territorio svizzero del criminale di nazionalità straniera deciso da un'Autorità giudiziaria. Lo Stato quindi obbliga (su comminatoria dell'esecuzione coatta) una determinata persona ad abbandonare il territorio svizzero, combinando questo allontanamento al divieto di farvi ritorno (bando). Per definizione, dunque, l'espulsione è inapplicabile nei confronti di cittadini svizzeri, indipendentemente dal fatto che abbiano acquisito la nazionalità dalla nascita o siano stati naturalizzati, o che abbiano il doppio passaporto<sup>2</sup>. Visto che l'espulsione giudiziaria si lega alla pena principale comminata al condannato straniero, la sua applicazione varia a seconda della scelta operata del legislatore di collocarla nel mondo delle pene (accessorie) o delle misure. Il codice penale è infatti solo binario, di conseguenza se si tratta di una pena accessoria che si aggiunge alla sanzione principale del reo, sarà possibile sospenderne l'esecuzione a beneficio della sospensione condizionale<sup>3</sup>; diversamente, se collocata nel mondo delle misure, l'espulsione non potrà essere differita, ma dovrà essere forzosamente eseguita<sup>4</sup>.

L'espulsione giudiziaria è sempre stata presente nel nostro ordinamento giuridico, sin dalla prima entrata in vigore del codice penale del 21 dicembre 1938, e anche prima di allora era presente in tutte le legislazioni cantonali, ad eccezione del Ticino, Basilea e del Canton Neuchâtel che la conoscevano solo come misura di Polizia<sup>5</sup>. Il legislatore ha dunque semplicemente ripreso all'art. 52 aCP l'espulsione giudiziaria come pena accessoria alla sanzione principale. Inoltre, con la revisione parziale del codice penale del 5 gennaio 1951, l'espulsione giudiziaria veniva regolata dall'art. 55 aCP che aggiungeva la possibilità di sospenderne l'esecuzione a beneficio di un periodo di prova (art. 55 cpv. 2 aCP)<sup>6</sup>. Trattandosi di una pena accessoria<sup>7</sup>, la stessa poteva anche essere proposta dal Procuratore Pubblico tramite un decreto d'accusa (art. 207 cpv. 1 CPP-TI), che acquisiva forza di cosa giudicata in caso di mancata opposizione (art. 208 lett. e CPP-TI). L'art. 55aCP è rimasto in vigore sino al 31 dicembre 2006, quando nonostante le dure critiche nel corso della procedura di consultazione, il legislatore ha deciso di depennare l'espulsione dal codice penale, sostenendo che vi era un conflitto troppo aspro fra i poteri del Giudice penale e quelli esercitati dall'Autorità amministrativa. *“Infliggendo l'espulsione secondo l'articolo 55CP si pone l'accento su aspetti di diritto penale; segnatamente le probabilità di reintegrazione sociale dell'autore del reato possono portare a rinunciare all'espulsione. L'espulsione quale sanzione amministrativa si fonda, invece, su criteri di polizia degli stranieri volti a mantenere l'ordine pubblico e la*

1 I contenuti del presente articolo riflettono esclusivamente il punto di vista dell'autore e non impegnano in alcun modo l'Autorità.

2 DTF 123 IV 107, consid. 1; DTF 112 IV 70; STF 6S.916/1999 del 17 marzo 2000, consid. 2c; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Code pénal annoté, Losanna 2004, Ad art 55 aCP N°1.3.

3 Art. 41 cpv. 1 CP.

4 Per la differenza fra pena accessoria e misura, cfr. DTF 129 IV 296, in particolare consid. 2.2.

5 Messaggio concernente il codice penale svizzero FF 1918 IV 1 (F), in particolare 24: « La peine accessoire de l'expulsion est prévue par la législation pénale de tous les cantons, sauf Bâle, Tessin et Neuchâtel, qui ne connaissent que l'expulsion par mesure de police ».

6 FF 1949 I 1233, in particolare 1259 – 1260.

7 DTF 123 IV 107, consid. 1; STF 6S.444/2006 del 1° dicembre 2006, consid. 2.1.

sicurezza. Il criterio di valutazione della polizia degli stranieri risulta quindi più severo di quello applicato dalle autorità penali e d'esecuzione. (...) Tenendo conto del problema descritto, sembra indicato abrogare l'espulsione nel codice penale. L'espulsione quale misura di polizia degli stranieri, che nella prassi è molto rigorosa, non necessita di un riscontro di diritto penale"<sup>8</sup>. Dal 2007, quindi, l'istituto dell'espulsione è stato affidato esclusivamente all'Autorità amministrativa, con pochi vantaggi e molti svantaggi, in particolare riguardo alla celerità e all'efficacia della misura che il più delle volte interveniva a distanza di anni dalla condanna in sede penale, quando magari lo straniero si era già reintegrato nel tessuto sociale.

Tuttavia, appena tre anni e mezzo dopo, con la votazione del 28 novembre 2010, il Popolo svizzero ha deciso di reintrodurre l'espulsione giudiziaria nel diritto penale, approvando l'iniziativa "per l'espulsione di stranieri che commettono reati" e sconfessando in questo modo la precedente scelta del legislatore federale<sup>9</sup>. È quindi entrato in vigore l'art. 121 cpv. 3-6 Cst., con un termine transitorio di 5 anni per definire i reati penali suscettibili di espulsione giudiziaria ed emanare le relative disposizioni riguardo all'entrata illegale.

Il 23 maggio 2012 il Consiglio Federale ha così posto in consultazione due varianti di avamprogetti di legge totalmente diversi tra loro, con chiara preferenza alla prima variante, più restrittiva, poi ritenuta nel messaggio del 26 giugno 2013<sup>10</sup>. Nel frattempo, però, gli iniziattivisti depositavano presso la cancelleria

federale l'iniziativa "per l'attuazione dell'espulsione degli stranieri che commettono reati" che mirava a inserire nella Costituzione norme direttamente applicabili per attuare, attraverso lo strumento della democrazia diretta, l'espulsione giudiziaria votata nel 2010<sup>11</sup>.

Con la votazione del 28 febbraio 2016 il Popolo svizzero ha dunque dovuto operare una scelta, se proseguire attraverso la strada della democrazia diretta attuando egli stesso l'espulsione giudiziaria, ciò che significava "bypassare" completamente il Parlamento, oppure scegliere la soluzione più dolce proposta dal Consiglio Federale e ritenuta nel messaggio del 26 giugno 2013. Le conseguenze non erano di poco conto, dal momento che l'iniziativa prevedeva un rigido automatismo secondo cui se lo straniero era condannato a determinati reati andava espulso meccanicamente dal territorio svizzero, senza possibilità di considerare le peculiarità del singolo caso, ciò che poteva entrare in contrasto con i diritti fondamentali garantiti nella nostra Costituzione, in particolare il divieto di respingimento previsto dall'art. 3 CEDU<sup>12</sup>. Con il 58.9% di no e 17 Cantoni contrari, l'iniziativa di attuazione è stata respinta, e il Consiglio Federale, oltre a salvare la faccia, ne ha approfittato per accorciare i tempi, fissando l'entrata in vigore della legge federale di applicazione appena 7 mesi dopo la votazione, ossia per il 1° ottobre 2016<sup>13</sup>. Risolte quindi le complicità del parto dell'espulsione giudiziaria, ad oggi rimane l'incertezza di come bisognerà applicare i nuovi artt. 66a – 66d CP, dal momento che la loro affrettata entrata in vigore ha lasciato le Autorità

8 Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero del 21 settembre 1998 (FF 1998 1669, in particolare 1783).

9 Messaggio concernente l'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)» e la modifica della legge federale sugli stranieri (FF 2009 4427), nonché il decreto del Consiglio federale che accertava l'esito della votazione popolare (FF 2011 2529).

10 Cfr. il rapporto del gruppo di lavoro per l'introduzione delle nuove disposizioni costituzionali in materia di espulsione dei criminali stranieri del 21 giugno 2011, il rapporto esplicativo del Consiglio federale del 14 maggio 2012, la sintesi dei risultati della procedura di consultazione del 19 novembre 2012 e il Messaggio del Consiglio Federale del 26 giugno 2013 con la proposta legislativa (FF 2013 5163).

11 Cfr. FF 2012 6597 (esame preliminare) e FF 2013 1023 (riuscita dell'iniziativa).

12 Cfr. il Messaggio del Consiglio Federale (FF 2013 8139).

13 RU 2016 2329.

penali praticamente al buio, senza dottrina sul tema, senza linee guida e senza nemmeno che le undici ordinanze federali relative al diritto in materia di stranieri e asilo siano ancora entrate in vigore, visto che al momento è ancora in corso la procedura di consultazione<sup>14</sup>. Questo articolo tende dunque a fare un po' di chiarezza sul nuovo istituto dell'espulsione giudiziaria in materia penale<sup>15</sup>, a lungo presente nel nostro codice, poi rimosso, ed oggi reinserito in una forma che lascia un po' di amaro in bocca.

## 2. Generalità della nuova espulsione giudiziaria

Il nuovo istituto dell'espulsione giudiziaria è stato concepito come una misura di diritto penale e non come una pena accessoria. Perciò trova il suo posto nel codice penale nel capitolo delle misure agli artt. 66a – d CP<sup>16</sup>. Questo errore di impostazione iniziale è un po' infelice, poiché oltre a porre tutta una serie di problemi interpretativi<sup>17</sup>, preclude di fatto una sospensione condizionale dell'espulsione a beneficio di un periodo di prova, ciò che invero sarebbe stato oltremodo opportuno in certi casi proprio nell'ottica di una miglior prevenzione speciale del condannato<sup>18</sup>.

La decisione di espulsione racchiude, di fatto, tre decisioni in una sola, ossia l'estinzione del diritto di presenza sul territorio, il rinvio dello straniero all'estero e il divieto d'entrata (bando). Gli artt. 66a – 66d CP si applicano, come detto sopra, unicamente nei confronti di cittadini stranieri, ossia verso coloro che si trovano in Svizzera poiché a beneficio di permessi N (richiedenti l'asilo)<sup>19</sup>, F (persona ammessa provvisoriamente)<sup>20</sup>, G (frontalieri)<sup>21</sup>, L (permesso di soggiorno di breve durata)<sup>22</sup>, B (permesso di dimora)<sup>23</sup> o C (permesso di domicilio)<sup>24</sup>, ma anche verso coloro che soggiornano in Svizzera senza abbisognare di alcun permesso di sorta, per esempio a causa di un soggiorno inferiore ai 90 giorni<sup>25</sup>. Si applica però anche (e soprattutto) verso i cosiddetti “*turisti del crimine*”, ossia nei confronti di quella categoria di stranieri che, senza avere uno statuto valido per soggiornare in Svizzera, si recano nel nostro Paese unicamente per delinquere e che potrebbero venire espulsi anche in virtù di una procedura ordinaria prevista dalla LStr<sup>26</sup>. In sintesi, l'espulsione giudiziaria è applicabile verso chiunque non abbia la nazionalità svizzera, ma alla stregua del principio applicabile alle pene, vige il divieto assoluto di

14 Cfr. il rapporto esplicativo concernente l'ordinanza sull'espulsione dal territorio svizzero del 12 maggio 2016 e il relativo avamprogetto. Cfr. anche il comunicato stampa del 29 giugno 2016 del Consiglio Federale, dal quale si evince che: “(...) dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni di legge, trascorreranno alcuni mesi prima che siano pronunciate condanne a un'espulsione penale. L'entrata in vigore delle modifiche d'ordinanza, prevista per l'inizio del 2017 dal Consiglio federale, deve essere rapida ma può quindi essere leggermente ritardata”. Si segnala, peraltro, che il 1° gennaio 2018 entrerà in vigore la revisione della parte generale del Codice penale, il cui art. 67f (espulsione facoltativa) entrerà in conflitto con le nuove norme dell'espulsione giudiziaria (in particolare, con l'art. 66abis CP).

15 Ai fini del presente articolo, non si tratterà dell'espulsione giudiziaria presente nel codice penale militare (artt. 49a – 49c CPM).

16 Messaggio del Consiglio federale concernente la modifica del Codice penale e del Codice penale militare (FF 2013 5163, in particolare 5187 – 5188 e 5234) (“*misura penale*”).

17 Per esempio, riguardo al fatto se l'espulsione giudiziaria, essendo una misura, possa essere decretata anche nei confronti di imputati totalmente incapaci ai sensi dell'art. 19 cpv. 1 CP (FF 2013 5186), oppure riguardo al divieto di retroattività, assoluto per le pene, ma labile nei confronti delle misure (FF 2013 5197).

18 DTF 123 IV 107, consid. 4; DTF 116 IV 283.

19 Artt. 42 e segg. LASI.

20 Artt. 41 cpv. 2 e 83 e segg. LStr.

21 Art. 35 LStr.

22 Art. 32 LStr.

23 Art. 33 LStr.

24 Art. 34 LStr.

25 FF 2013 5174.

26 FF 2013 5189; HASLER, *Forum*penale 5/2013, 1.

retroattività (art. 2 cpv. 1 CP), e pertanto l'espulsione può essere ordinata soltanto se il reato alla base è stato commesso dopo l'entrata in vigore della modifica di legge<sup>27</sup>.

Il nuovo istituto dell'espulsione giudiziaria distingue, inoltre, tra l'espulsione (di principio) obbligatoria (art. 66a CP) con facoltà per il Giudice di rinunciare sulla base di una cosiddetta "clausola di rigore" (art. 66a cpv. 2 CP), da quella puramente facoltativa (art. 66a<sup>bis</sup> CP). Va da sé che è proprio l'espulsione obbligatoria ad essere quella più problematica e a necessitare, per la sua applicazione, di maggior cautela, proprio per evitare automatismi pericolosi.

### 3.1 Espulsione obbligatoria

Secondo l'art. 66a CP il Giudice espelle dal territorio svizzero da cinque a quindici anni lo straniero che è condannato ad un uno dei reati presenti nella lista descritta dalle lettere a – o dell'articolo, e ciò a prescindere dall'entità della pena effettivamente inflitta<sup>28</sup>. Sotto questo profilo, la legge opera dunque un certo schematismo, nel senso che è sufficiente una condanna qualsiasi ad un reato che rientra nella lista, anche di poche aliquote giornaliere, affinché lo straniero sia, di principio, oggetto di espulsione<sup>29</sup>. Per contro, se il Giudice rinuncia a una pena, per esempio sulla base degli artt. 52 e segg. CP, non è possibile irrogare l'espulsione dal territorio svizzero<sup>30</sup>.

L'art. 66a CP nasconde dunque una presunzione irrefragabile: lo straniero è infatti supposto un pericolo per l'ordine pubblico se condannato ad uno dei reati di cui alle lettere a – o<sup>31</sup>. In questo senso, vi è una profonda e pericolosa frattura con il principio fondamentale che governa l'insieme del nostro codice penale fondato sulla gravità della colpa individuale e riducendo l'espulsione ad un mero schematismo oggettivo, secondo la semplificazione: condanna ad un reato presente nella lista = espulsione obbligatoria. Si segnala, in effetti, che sebbene la maggioranza dei reati contenuti all'art. 66a CP siano oggettivamente molto gravi o gravissimi, come l'assassinio (art. 111 CP), l'omicidio intenzionale (art. 112), la rapina (art. 140 cpv. 1 CP), la violenza carnale (art. 190 CP), l'infrazione aggravata alla LF sugli stupefacenti (art. 19 cpv. 2 LStup), il genocidio (art. 264 CP) o il finanziamento al terrorismo (art. 260quinquies CP), nella lista sono presenti anche delle infrazioni tutto sommato minori, risolvibili in molti casi con la procedura del decreto d'accusa (artt. 352 e segg. CPP)<sup>32</sup>. È il caso per esempio di un piccolo furto (art. 139 cifra 1 CP), commesso violando il domicilio altrui (art. 186 CP), oppure di una truffa (art. 146 cpv. 1 CP) di poco superiore ai CHF 300.-, o dell'appropriazione indebita di imposte alla fonte (art. 187 LIFD in relaz. con l'art. 333 cpv. 2 lett. b CP e 270 LT). In questi casi, occorre far prova di particolare prudenza nel

27 FF 2013 5197; Cfr. anche DTF 139 I 16; DTF 139 I 31 e STF 2C\_162/2012 del 12 ottobre 2012, consid. 3.2.2 dove il Tribunale Federale ha giudicato non direttamente applicabile l'art. 121 cpv. 3-6 Cst.

28 Giova rilevare che l'aggiunta "a prescindere dall'entità della pena inflitta" è stata operata unicamente nel corso del dibattito parlamentare (BO CN 2014 505 – 506 e BO CE 2014 1247). Per contro, il messaggio del Consiglio Federale prevedeva una sfumatura all'art. 66a cpv. 2 CP per pene inferiori a 6 mesi, l'equivalente di 180 aliquote o 720 ore di lavoro di pubblica utilità.

29 Intervento Tschümperlin: "ich möchte Ihnen dieses Beispiel nicht vorenthalten. Eine Person steigt in einen Keller, bricht dort eine Kellertüre auf und nimmt eine Kiste Wein mit. Bei diesem Delikt werden drei verschiedene Straftatbestände begangen: Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Diebstahl. Die Folge von diesen Delikten: Wenn diese Person nicht vorbestraft ist, dann wird sie eine geringe, bedingte Strafe erhalten. Wenn nun die Mehrheitsfassung obsiegen würde, müsste eine solche Person ausgewiesen werden. Darum spielt eben eine Mindestgrenze eine Rolle".

30 FF 2013 5186; MÜNK / DE WECK, Anwaltsrevue 2016, 165.

31 BO CE 2014 1252 intervento della Consigliera Federale Sommaruga: „unabhängig von der Höhe der Strafe". Punkt. Das haben Sie beschlossen, genau diesen Automatismus".

32 MÜNK / DE WECK, Anwaltsrevue 2016, 165; FF 2013 5195.

decretare l'espulsione giudiziaria, proprio nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>33</sup>. L'espulsione può comunque essere decretata anche nel caso di tentativo (art. 22 CP), istigazione (art. 24 CP) o complicità (art. 25 CP)<sup>34</sup>.

Ad ogni modo, i reati commessi sotto l'egida del diritto penale minorile, anche nel caso in cui si debba giudicare contemporaneamente un atto commesso prima e un atto commesso dopo il compimento della maggiore età (art. 3 cpv. 2 DPMin), non possono mai dare luogo ad espulsione, ad eccezione di quelli di estrema gravità<sup>35</sup>. Per contro, nell'esame degli antecedenti giudiziari, il Giudice non è vincolato da questo principio e potrà quindi tenere in considerazione l'insieme del comportamento dell'interessato in Svizzera, e dunque anche i precedenti penali anteriori all'entrata in vigore della legge, ivi compresi i reati commessi quando l'autore era ancora minorenne.

### 3.2 Clausola di rigore

La portata della cosiddetta clausola di rigore (*Härtefallklausel*) di cui all'art. 66a cpv. 2 CP è decisiva e controversa ed era peraltro lo spartiacque fra la proposta del Consiglio Federale e l'iniziativa costituzionale *“per l'attuazione dell'espulsione degli stranieri che commettono reati”*. La clausola di rigore è, in effetti, un'uscita di emergenza che permette al Giudice di rinunciare eccezionalmente all'espulsione se questa costituisce per lo straniero un grave caso di rigore personale e qualora l'interesse pubblico all'espulsione non prevalga sull'interesse

privato dello straniero a rimanere in Svizzera, con particolare riguardo alle persone nate o cresciute nel nostro paese<sup>36</sup>. Analogamente, il Giudice può rinunciare a pronunciare l'espulsione se il fatto è stato commesso per eccesso di legittima difesa (art. 16 cpv. 1 CP) o in stato di necessità disculpante (art. 18 cpv. 1 CP), ad esclusione dunque dei casi di legittima difesa scusabile (art. 16 cpv. 2 CP) o di stato di necessità esimente (art. 17 CP) per i quali, visto che l'autore non è punibile, l'espulsione non può giocoforza essere pronunciata<sup>37</sup>.

Il Tribunale federale ha del resto chiarito che l'art. 121 cpv. 3-6 Cst non ha la priorità sui diritti fondamentali, pertanto i principi previsti dalla CEDU restano vincolanti anche a seguito dell'entrata in vigore dell'espulsione giudiziaria<sup>38</sup>. Sotto questo aspetto occorre tener conto della gravità della colpa, del tempo trascorso dal compimento di eventuali reati, della durata del soggiorno in Svizzera e degli svantaggi incombenti sullo straniero e sulla sua famiglia in caso di allontanamento<sup>39</sup>. Se un permesso di domicilio o di dimora è revocato perché è stato commesso un reato, il primo criterio per valutare la gravità della colpa e per procedere alla ponderazione degli interessi è costituito dalla condanna inflitta in sede penale<sup>40</sup>. Bisogna comunque tenere conto dell'*Accordo con l'Unione Europea sulla libera circolazione delle persone* (ALCP), e in particolare l'art. 5 cpv. 1 Allegato I ALC, il quale prevede, quale

33 Pertanto, l'espulsione è esclusa per i reati patrimoniali di lieve entità (art. 172ter CP), trattandosi in questi casi di semplice contravvenzione. Siamo inoltre dell'avviso che non dovrebbe mai essere decretata anche nel caso in cui la refurtiva di un furto, commesso malgrado la diffida di accedere ad un determinato luogo, sia inferiore ai CHF 3'000.-. Cfr. anche KUNZLI / KALIN, *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?* in: Jusletter 23 giugno 2014, 14. Secondo questi autori, occorrerebbe dichiarare non valide iniziative popolari che violano il principio di proporzionalità instaurando degli automatismi che restringono il libero apprezzamento del Giudice.

34 MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 165; FF 2013 5206.

35 FF 2013 5199; MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 165.

36 FF 2013 5214 – 5215; DTF 123 IV 107, consid. 2; DTF 121 II 296 consid. 5a/aa; DTF 121 IV 345, consid. 1a.

37 Cfr. art. 66a cpv. 3 CP; La proposta è stata aggiunta nel corso del dibattito parlamentare (BO CN 2014 503 – 504); MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 165.

38 DTF 139 I 16, consid. 4.2 e 5; cfr. anche DTF 125 II 417 in materia di supremazia della CEDU sulla legislazione federale.

39 DTF 129 II 215 consid. 3.3; STF 2C\_825/2008 del 7 maggio 2009 consid. 2.

40 DTF 135 II 377, consid. 4.4; DTF 139 I 16, consid. 2.2.1.

regola generale, che i diritti conferiti dalle disposizioni dell'Accordo in parola possono essere limitati - tra l'altro - da motivi di ordine pubblico nell'ambito e secondo le modalità definite in particolare dalla Direttiva 64/221/CEE del 25 febbraio 1964 e dalla prassi della Corte di giustizia delle Comunità Europee (ora: Corte di Giustizia dell'Unione europea; CGUE) ad essa relativa, emanata prima della firma dell'ALC in relazione con l'art. 16 cpv. 2 ALC. Secondo la giurisprudenza della CGUE, le deroghe alla libera circolazione garantita dall'ALC vanno interpretate in modo restrittivo. Il ricorso di un'autorità nazionale alla nozione di ordine pubblico presuppone infatti il sussistere di una minaccia attuale, effettiva e sufficientemente grave di un interesse fondamentale per la società, e la sola esistenza di condanne penali dell'interessato non è di per sé sufficiente<sup>41</sup>. In quest'ottica, il Tribunale federale ha chiarito, con rinvio al principio "*pacta sunt servanda*", che l'ALCP ha la priorità sulle leggi federali, anche qualora il legislatore intendesse discostarsene consapevolmente<sup>42</sup>.

Ad ogni modo, se un provvedimento si giustifica, ma risulta inadeguato alle circostanze, alla persona interessata può essere rivolto un ammonimento con la comminazione di tale provvedimento (art. 96 cpv. 2 LStr). Nel caso in cui la decisione di revoca abbia ripercussioni sulla vita privata e familiare ai sensi degli artt. 5 cpv. 2, 36 cpv. 3 Cst e art. 8 cpv. 2 CEDU, occorre inoltre procedere ad un esame della proporzionalità anche nell'ottica di questa norma. In questo senso, va tenuto conto della

gravità del reato commesso, del comportamento tenuto nel frattempo, del luogo d'origine dello straniero nonché della sua situazione familiare. Vanno inoltre considerati la durata del rapporto matrimoniale come pure altri elementi (nascita ed età di eventuali figli, conoscenza da parte del coniuge della possibilità che, a causa dei delitti commessi, la coppia non avrebbe eventualmente potuto vivere in Svizzera). Di rilievo sono infine gli svantaggi che deriverebbero al partner o agli eventuali figli dal dover, se del caso, seguire lo straniero all'estero. Il solo fatto che non si possa pretendere dai membri della famiglia che lascino la Svizzera non costituisce comunque un motivo sufficiente per negare l'espulsione<sup>43</sup>.

Resta inoltre applicabile la prassi del Tribunale federale, secondo cui uno straniero condannato ad una pena detentiva di almeno due anni non può più, di regola, beneficiare di un'autorizzazione di soggiorno, nemmeno quando la partenza della moglie svizzera non è - o solo difficilmente - esigibile<sup>44</sup>. La cosiddetta "regola dei due anni" non costituisce tuttavia un limite assoluto. Decisivo è il quadro complessivo che caratterizza il singolo caso, il quale dev'essere valutato alla luce di tutti i criteri determinanti<sup>45</sup>. Questo rinvia alla prassi stabilita dal Tribunale Federale all'art. 8 CEDU secondo cui la concessione di un permesso di soggiorno permanente a uno straniero che soggiorna già da lungo tempo in Svizzera può essere revocata solamente in casi eccezionali, tranne in caso di reati reiterati o gravi<sup>46</sup>.

41 DTF 130 II 176 consid. 3.4.1; DTF 129 II 215 consid. 7.3; sentenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee del 26 febbraio 1975, causa 67-74 Bonsignore, Racc. 1975 pag. 297 punti 6 e 7.

42 Cfr. STF 2C\_716/2014 del 26/11/2015, consid. 3.2. Il Tribunale federale rinvia in particolare modo agli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna datata 23/5/1969 in merito al diritto dei contratti, ai sensi degli stessi, le parti contrattuali non possono fare riferimento al diritto interno del proprio Stato per giustificare un'inadempienza contrattuale. Rimanda inoltre alla legittimazione democratica dell'accordo sulla libera circolazione, ratificata mediante voto popolare.

43 DTF 120 Ib 129 consid. 4a; cfr. anche DTF 122 II 1 consid. 2.

44 DTF 135 II 377 consid. 4.3 e 4.4; cosiddetta prassi "Reneja"; DTF 134 II 10 consid. 4.3.

45 DTF 139 I 145 consid. 3.4-3.9.

46 Cfr. DTF 139 I 31 consid. 2.3.1 con riferimenti alla giurisprudenza CEDU.

Anche per quanto riguarda la durata dell'espulsione è necessario tener conto del principio di proporzionalità, anche perché gli artt. 66a - 66d CP non prevedono un annullamento *ex post* della decisione in caso di mutamento delle condizioni. Il Giudice per stabilire se si tratta di un caso di rigore dovrà, dunque, ponderare con prudenza gli interessi in gioco (quello dello straniero a rimanere in Svizzera e l'interesse pubblico all'espulsione). In linea teorica, l'interesse privato dello straniero a rimanere in Svizzera è presunto in situazioni bagatellari<sup>47</sup> e in assenza di antecedenti giudiziari, a patto tuttavia che egli disponga di un permesso B o C in corso di validità e non si tratti di un "turista del crimine"<sup>48</sup>.

Per contro, rimane controverso il quesito a sapere se, oltre al Giudice di merito, la clausola di rigore possa essere applicata anche dal Procuratore Pubblico in un caso specifico. La risposta a questa domanda ha notevoli conseguenze sul lato pratico. Se la competenza fosse solo riservata al Giudice di merito, significherebbe che il Procuratore Pubblico dovrebbe procedere sempre ad un rinvio a giudizio dello straniero che commette un reato presente nella lista dell'art. 66a CP, anche in caso di applicazione manifesta della clausola di rigore, ciò che invero non avrebbe molta logica e comporterebbe un notevole dispendio in termini di energia e di denaro pubblico per nulla. Per questo motivo, siamo dell'avviso che il Ministero Pubblico sia competente per rinunciare ad

applicare l'espulsione obbligatoria, ma unicamente allorché le condizioni dell'art. 66a cpv. 2 CP siano manifestamente realizzate in concreto e il caso possa essere risolto attraverso la procedura del decreto d'accusa. In questo modo, si evita al Procuratore Pubblico di dover procedere alla stesura di atti d'accusa in presenza di situazioni bagatellari dove il principio di proporzionalità sarebbe in ogni caso d'ostacolo all'espulsione dello straniero<sup>49</sup>, e ciò naturalmente rimanendo impregiudicato un giudizio diverso da parte del Giudice di merito, dal momento che in caso di opposizione o di reiterazione dei reati, il decreto d'accusa impugnato è considerato quale atto d'accusa (art. 356 cpv. 1 CPP).

### 3.3 Espulsione facoltativa

L'art. 66a<sup>bis</sup> CP reintroduce, analogamente a quanto era già previsto dal vecchio art. 55 aCP, la facoltà per il Giudice di ordinare l'espulsione del cittadino straniero per un crimine o un delitto non elencato all'art. 66a CP<sup>50</sup>. Tale possibilità è dunque subordinata al fatto che il reato commesso non sia già contenuto nella lista dell'art. 66a CP, nel qual caso, invece, occorre applicare l'istituto dell'espulsione obbligatoria<sup>51</sup>. Per contro, l'espulsione facoltativa è possibile per qualsiasi crimine o delitto previsto dal codice penale o dal diritto penale accessorio, ad esclusione delle contravvenzioni<sup>52</sup>. Secondo l'art. 66a<sup>bis</sup> CP, l'espulsione è possibile per un periodo da tre a quindici anni nei confronti dello straniero condannato a una

47 Cfr. art. 132 cpv. 3 CPP.

48 Ad eccezione dei turisti del crimine, riteniamo, infatti, che l'interesse privato dello straniero a rimanere in Svizzera sia superiore a quello dell'espulsione quando la pena ragionevolmente prevedibile non supera le 180 aliquote giornaliere o i 6 mesi di pena privativa della libertà, ma solo in assenza di antecedenti legati ad un reato contemplato nella lista dell'art. 66a cpv. 1 CP o di condanne a pene superiori i 12 mesi negli ultimi 5 anni (cfr. l'art. 66a cpv. 2 CP proposto nel Messaggio FF 2013 5213 – 5214).

49 Resta ben inteso, comunque, che l'imputato deve in ogni caso essere assistito da un difensore, dal momento che si tratta di un caso di difesa obbligatoria (art. 130 lett. b CPP).

50 Il disposto legale conferisce dunque solo una possibilità ("*Kannvorschrift*") e non un obbligo ("*Il giudice può*"). Si segnala che la formulazione del testo legale proposta inizialmente nel Messaggio è stata ampiamente rivista dal Parlamento (BO CE 2014 1240 – 1241). Del resto, questo articolo era motivo di divergenza fra le Camere.

51 MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 165.

52 FF 2013 5188.

pena o nei confronti del quale è stata pronunciata una misura ai sensi degli artt. 59-61 o 64 CP. Ne consegue che a differenza di quanto previsto per l'espulsione obbligatoria, il campo applicativo dell'art. 66abis CP è notevolmente più ampio, in quanto abbraccia anche quei casi in cui il reo è penalmente incapace<sup>53</sup>.

Anche in questo caso, comunque, il Giudice dovrà ponderare con cautela gli interessi in gioco e disporre l'espulsione unicamente se ciò si giustifica sotto il profilo della proporzionalità, in particolare nei confronti di quelle persone che hanno commesso un reato particolarmente odioso, o che in virtù del loro comportamento o degli antecedenti giudiziari rendono un soggiorno in Svizzera incompatibile con l'interesse pubblico.

Di regola, se lo straniero è sprovvisto di un permesso per risiedere in Svizzera, il Ministero Pubblico dovrà propendere per il rinvio a giudizio e richiederne l'espulsione unicamente nel caso in cui egli fosse già stato oggetto di una condanna di almeno 180 aliquote giornaliere o 6 mesi di pena privativa della libertà, rispettivamente a due o più condanne per crimini o delitti minori con o senza beneficio della sospensione condizionale, e la pena (o la misura) ragionevolmente prevedibile per il nuovo reato sia uguale o superiore ai 12 mesi<sup>54</sup>.

Per contro, se lo straniero è a beneficio di un permesso di soggiorno in corso di validità, il

suo interesse a rimanere in Svizzera è certamente più importante e l'espulsione dovrà essere *l'ultima ratio*. In particolare, egli potrà essere espulso unicamente se è stato già oggetto di una condanna ad una pena superiore ai 12 mesi negli ultimi 5 anni e anche per il nuovo reato rischia una pena analoga. In quest'analisi, possono naturalmente entrare in linea di conto anche le condanne estere, da qui l'importanza per il Ministero Pubblico di richiedere sempre l'estratto del casellario giudiziale straniero quando s'intende richiedere l'espulsione al Giudice di merito.

#### 4. Difesa obbligatoria senza eccezioni

Se l'imputato rischia di essere oggetto di un provvedimento di espulsione, egli necessita di una difesa obbligatoria (art. 130 cpv. 1 lett. b CP). A questo proposito, si segnala che il codice di procedura penale non fa distinzione tra espulsione obbligatoria o facoltativa<sup>55</sup>, perciò l'imputato ha diritto ad essere difeso da un Avvocato autorizzato a rappresentare le parti in giudizio ai sensi della LLCA non appena sorge anche solo un rischio (astratto) che possa essere espulso<sup>56</sup>. Di conseguenza, di principio, egli necessiterà di una difesa già nel corso del primo verbale di interrogatorio di Polizia, indipendentemente dal quesito a sapere se nel suo caso si applica o meno la clausola di rigore (66a cpv. 2 CP) o che, a mente dell'accusa, non ricorrono gli estremi per un'espulsione facoltativa (66a<sup>bis</sup> CP), pena la nullità dell'atto istruttorio<sup>57</sup>.

53 L'art. 66abis CP parla infatti di una misura ai sensi degli artt. 59 – 61 o 64 CP; MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 165.

54 Tali criteri si ispirano, da un lato, alla soglia minima proposta dal Consiglio Federale per l'espulsione (cfr. art. 66a cpv. 2 CP e FF 2013 5213-5214) e dall'altro al fatto che l'art. 67f del nuovo diritto sanzionatorio (la cui entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2018) prevede che solo pene detentive di un anno o più possono dar luogo a espulsione.

55 E nemmeno in base alla tipologia del permesso per risiedere in Svizzera (FF 2013 5234).

56 FF 2013 5234; MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 168.

57 Cfr. decisione GPC INC.2015.27901 del 27 novembre 2015, consid. 5b: "*preliminarmente all'analisi degli indizi, va detto che risulta incomprensibile a questo giudice (...) il motivo per cui il verbale di polizia sia stato effettuato in assenza di un difensore, allorquando i motivi e le modalità del fermo, nonché gli atti già a disposizione prima del fermo (...), o quelli eseguiti a seguito dello stesso, così come le imputazioni formulate ad inizio del relativo verbale, evidenziamo già che ci si trovava (manifestamente a giudizio dello scrivente) in presenza di un caso di difesa obbligatoria (artt. 130 a 133 CPP). Di conseguenza, ai fini della presente decisione il verbale di polizia (quand'anche non nullo o annullato) è da considerare inutilizzabile, così come i riferimenti allo stesso contenuti nell'istanza*".

### 5. Connessione con la LF sugli stranieri

A seguito dell'entrata in vigore dei nuovi artt. 66a - 66d CP anche altre leggi federali hanno subito un necessario adeguamento, e in particolare la LF sugli stranieri. Chi è stato oggetto di un provvedimento di espulsione non potrà, infatti, entrare in Svizzera per tutta la durata del provvedimento (art. 5 cpv. 1 lett. d LStr) e vedrà il suo titolo di soggiorno “decadere” *ipso iure* senza che sia necessaria una (ulteriore) decisione, indipendentemente dalla durata del permesso stesso (art. 61 cpv. 1 lett. e) e f) LStr<sup>58</sup>. Alle Autorità amministrative rimane, comunque, la facoltà di revocare *motu proprio* i permessi agli stranieri, ma per evitare un dualismo pericoloso e il rischio di decisioni contraddittorie, l'art. 62 cpv. 2 LStr non ammette che il motivo alla base del provvedimento sia la condanna ad un reato per il quale il Giudice ha già pronunciato una pena o una misura, ma ha rinunciato all'espulsione<sup>59</sup>. Per contro, le Autorità amministrative conserveranno la facoltà di revoca del permesso in virtù di una sentenza straniera, oppure se l'imputato è stato condannato ad un decreto d'accusa (cresciuto in giudicato) da parte del Procuratore Pubblico<sup>60</sup>.

### 6. Divieto di emanare un decreto d'accusa

L'art. 352 cpv. 2 CPP vieta espressamente al Procuratore Pubblico di proporre l'espulsione giudiziaria in un decreto d'accusa<sup>61</sup>.

Le ragioni di questa diffidenza particolare da parte del legislatore nei confronti del Ministero Pubblico non sono, però, molto chiare. Stando al Messaggio, infatti, il motivo principale andrebbe ricercato nel fatto che la procedura del decreto d'accusa, semplice e rapida per definizione, non permetterebbe di approfondire sufficientemente il singolo caso, rischiando di giungere a delle soluzioni affrettate<sup>62</sup>. In quest'analisi si perde di vista, tuttavia, che il decreto d'accusa contiene unicamente delle proposte di pena formulate dal Procuratore Pubblico, alla stregua del cosiddetto “*plea bargain*” americano<sup>63</sup>, alle quali l'imputato, se non è d'accordo, può opporsi senza alcuna formalità particolare, manifestando semplicemente la sua volontà di farlo entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della decisione (art. 354 cpv. 1 CPP). Del resto, la procedura è semplice e rapida proprio perché è una forma di patteggiamento tra accusa e difesa per accelerare la giustizia penale nei casi di piccola e media gravità, e solo quando i fatti sono stati sufficientemente chiariti. Mal si vede pertanto l'ostacolo che impedirebbe la pronuncia dell'espulsione giudiziaria in un decreto d'accusa, dal momento che secondo la giurisprudenza costante del Tribunale Federale, le garanzie previste dalla CEDU sono in ogni caso rispettate dalla semplicità con cui l'imputato può interporre opposizione, accedendo così ad un Tribunale

58 FF 2013 5230.

59 Per contro, un ammonimento ai sensi dell'art. 96 cpv. 2 LStr rimane sempre possibile (FF 2013 5231). Inoltre, è possibile pronunciare la soppressione o la revoca di un permesso se nel corso di un esame successivo emergono dei fatti nuovi e sconosciuti al momento della pronuncia della sentenza penale, o fatti verificatisi solo successivamente, oppure ancora fatti rilevanti soltanto per la LStr. MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 167.

60 MÜNK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 167. In effetti, dal momento che il decreto d'accusa viene emanato dal Procuratore Pubblico (e non dal Giudice di merito), l'art. 62 cpv. 2 LStr non vieta all'Autorità amministrativa di emanare un provvedimento di revoca, anche se per farlo il Procuratore Pubblico ha fatto uso della clausola di rigore (art. 66a cpv. 2 CP). Ad ogni modo, per evitare il rischio di decisioni contraddittorie, il decreto d'accusa dovrebbe contenere una motivazione succinta sul perché si è rinunciato a richiedere l'espulsione, in particolare se si tratta di reati contemplati nella lista dell'art. 66a cpv. 1 CP.

61 FF 2013 5195 – 5196. Tale divieto è reso ancor più esplicito dal fatto che sia l'art. 66a cpv. 1 CP (espulsione obbligatoria) che l'art. 66abis CP (espulsione facoltativa) prevedono che sia il Giudice a dover decidere sull'espulsione. Cfr. invece l'art. 197 n. 9 proposto nell'iniziativa di attuazione (FF 2013 8189).

62 FF 2013 5195.

63 GILLÉRON / KILLIAS, *Commentaire Romand CPP*, Basilea 2011, Ad art. 352 CPP N°4; SCHMID, *Praxiskommentar*, Zurigo 2013, Ad art. 352 CPP N°3; JEANNERET, *Ordonnance pénale et procédure simplifiée in: Procédure pénale suisse : approche théorique et mise en œuvre cantonale*, Neuchâtel 2010, 75 ss.; PIQUERREZ, *Les nouveautés du code de procédure pénale suisse in: RJJ* 2007, 112.

imparziale e indipendente<sup>64</sup>. Del resto, se fino al 31 dicembre 2007 capitava sovente che l'espulsione venisse decretata dal Procuratore Pubblico attraverso questa procedura, mal si comprende come mai oggi, tutto ad un tratto, la stessa conterrebbe addirittura “*determinate lacune per quanto riguarda i principi dello Stato di diritto*”<sup>65</sup>.

Così, nonostante le forti critiche sia durante la procedura di consultazione<sup>66</sup> che dinanzi alle Camere<sup>67</sup>, per ora l'espulsione giudiziaria non può essere proposta in un decreto.

Ad ogni modo, nella maggioranza dei casi, questa scelta del legislatore non ha impatto sul procedimento penale, dal momento che quasi tutti i reati contenuti nella lista dell'art. 66a cpv. 1 CP hanno comminatorie minime di pena molto alte, ciò che esclude a priori la possibilità per il Ministero Pubblico di attuare questa procedura. Il problema, tuttavia, resta per i reati minori previsti dall'art. 66a cpv. 1 CP, fra i quali vi sono per esempio il furto (art. 139 cifra 1 CP) in combinazione con la violazione di domicilio (art. 186 CP), oppure la truffa (art. 146 cpv. 1 CP) o un'aggressione non grave (art. 134 CP) oppure ancora l'appropriazione indebita di imposte alla fonte (art. 187 LIFD in relaz. con l'art. 333 cpv. 2 lett. b CP e 270 LT). In questi casi, il rischio è di avere una giustizia a due velocità, la prima applicabile nei confronti di cit-

tadini svizzeri dove il Procuratore Pubblico può, anzi deve<sup>68</sup>, proporre un decreto d'accusa se le condizioni sono adempiute; per contro, se lo stesso identico reato è commesso da un cittadino straniero, per i motivi di cui sopra la procedura del decreto d'accusa non è applicabile e l'imputato dovrà essere per forza di cose rinviato a giudizio. Ciò provocherà, a medio termine, un rallentamento della Giustizia penale ordinaria, dove i Tribunali si troveranno confrontati con una moltitudine di incarti (che prima erano risolti attraverso la procedura del decreto d'accusa) e, probabilmente, con sempre più appelli, dal momento che la decisione di espulsione è per definizione difficile da digerire per l'imputato<sup>69</sup>. Proprio per questo motivo, ci si attende anche una diminuzione dei riti abbreviati (art. 358 e segg. CPP)<sup>70</sup>. Ma la situazione non sarà migliore neppure per il Ministero Pubblico o per il Giudice dei Provvedimenti Coercitivi, dal momento che in presenza di un pericolo di fuga (art. 221 cpv. 1 lett. a CPP), presente per definizione per i cosiddetti “*turisti del crimine*”, l'imputato dovrà essere sottoposto al regime della carcerazione preventiva prima, e di sicurezza poi, in vista della celebrazione del processo di merito. Peraltro, in questi casi, vi è il forte rischio che la carcerazione preventiva (in senso lato del termine) venga strumentalizzata per scopi estranei al procedimento penale, ossia per consentire l'esecuzione

64 STF 6B\_1139/2014 del 28 aprile 2013, consid. 1.2; STF 6B\_152/2013 del 27 maggio 2013, consid. 3; STF 6B\_460/2015 del 2 marzo 2016, consid. 2.4; STF 6B\_448/2014 del 30 ottobre 2014, consid. 1.2; STF 6B\_314/2012 del 18 febbraio 2013, consid. 2.2.2.

65 FF 2013 5195-5196. Peraltro, gli esempi citati dal Consiglio Federale per sostenere questa tesi non calzano minimamente, ma anzi, sono del tutto erronei.

66 Cfr. sintesi dei risultati della procedura di consultazione, 3 e 29 ss.

67 Intervento Pfister BO CN 2014 490 -491; Intervento Stöckli BO CE 2014 1243.

68 STF 6B\_549/2015 del 16 marzo 2016, consid. 2.1; STF 6B\_367/2012 del 21 dicembre 2012, consid. 3.2; GRODECKI, L'ordonnance pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral in: *forumpenale* 4/2016, 219.

69 Tale aumento sarà del resto ancora più marcato dalla volontà del legislatore federale di inasprire le pene del codice penale (cfr. il progetto di revisione della parte speciale del CP per armonizzare le pene).

70 In virtù dell'omologazione giudiziaria, l'espulsione può, in effetti, essere decretata anche attraverso un rito abbreviato. Per forza di cose, dunque, il Procuratore Pubblico dovrà sempre pronunciarsi sull'espulsione qualora proponga un rito abbreviato al Giudice, in particolare modo se si tratta di reati contenuti nella lista dell'art. 66a cpv. 1 CP. È quindi facile prevedere che in caso di non applicazione della clausola di rigore (art. 66a cpv. 2 CP), ben difficilmente un provvedimento di espulsione potrà essere accettato dall'imputato.

ne dell'espulsione giudiziaria<sup>71</sup>. Senza dimenticare, infine, i costi di siffatta procedura, in particolare quello legato alla difesa obbligatoria per l'imputato che semplicemente rischia di subire (in astratto) un provvedimento di espulsione<sup>72</sup>.

### 7. Rinvio dell'esecuzione

L'art. 66c cpv. 1 CP prescrive che l'espulsione ha effetto unicamente alla crescita in giudicato della sentenza e unicamente dopo l'esecuzione della pena, o parti di pena, senza condizionale o misure privative della libertà (cpv. 2). L'espulsione è dunque eseguita non appena il condannato è liberato condizionalmente o definitivamente oppure appena la carcerazione preventiva è soppressa, se non deve essere eseguita una pena residua o se non è ordinata un'altra misura privativa della libertà (66c cpv. 3 CP). Per quanto attiene la durata, la stessa viene calcolata a partire dal giorno in cui il condannato ha lasciato la Svizzera (art. 69 cpv. 5 CP).

Contrariamente al passato, il nuovo diritto non prevede la revoca successiva di una decisione di espulsione cresciuta in giudicato<sup>73</sup>. Tuttavia, l'art. 66d CP prevede la possibilità di sospendere l'efficacia qualora l'imputato sia un rifugiato riconosciuto dalla Svizzera che, in seguito all'espulsione, correrebbe il rischio di essere minacciato nella vita o nella libertà a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a

un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche (lett. a che richiama il cosiddetto principio del “*non respingimento*” o “*non-refoulement*”), oppure se altre norme imperative del diritto internazionale si oppongono all'espulsione (lett. b). Contrariamente al tenore del disposto legale (“*può*”), l'esecuzione deve essere rinviata nel caso in cui lo straniero si trovi in una delle situazioni elencate alle lettere a-b del disposto legale<sup>74</sup>. Anche l'impossibilità pratica dell'esecuzione può comportare una sospensione dell'espulsione stessa, per esempio nei confronti di quei paesi dove la Svizzera non ha ratificato un accordo di riammissione dei propri cittadini<sup>75</sup>.

Se è vero che è solo il Giudice a dover decretare l'espulsione dell'imputato straniero, sono le autorità cantonali ad essere responsabili dell'esecuzione del provvedimento. I Cantoni devono anche stabilire in completa autonomia, come nel passato, di quali autorità servirsi per procedere all'esecuzione coatta della decisione di espulsione, ossia forze dell'ordine, autorità competenti in materia di migrazione, autorità penitenziarie e giudiziarie<sup>76</sup>. L'autorità cantonale deve, in ogni caso, rispettare il principio di *non-refoulement* e interrompere l'esecuzione d'ufficio qualora l'interessato non possa essere rimpatriato<sup>77</sup>. In questi casi, l'esecuzione forzata del provvedimento di espulsione viene congelata in attesa di ulteriori sviluppi<sup>78</sup>.

71 Cfr. il nuovo testo dell'art. 220 cpv. 2 CPP “*la carcerazione di sicurezza è quella durante il periodo tra il deposito dell'atto d'accusa presso il tribunale di primo grado e (...) l'esecuzione dell'espulsione*”. Siamo comunque dell'avviso che in tutti i casi la durata della carcerazione non possa eccedere la pena ragionevolmente prevedibile in caso di condanna (DTF 133 I 168 consid. 4.1; DTF 132 I 21 consid. 4.1; DTF 107 la 256 consid. 2 e 3).

72 Cfr. art. 130 cpv. 1 lett. b CPP. Da qui l'importanza nell'applicazione della clausola di rigore (66a cpv. 2 CP) per i casi di esigua gravità, proprio per evitare un ingolfamento e una paralisi della Giustizia penale.

73 FF 2013 5192.

74 MÜNCK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 167.

75 MÜNCK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 167. Si segnala, peraltro, che ad oggi non esistono accordi di riammissione con la stragrande maggioranza dei paesi da dove provengono i richiedenti l'asilo, per esempio, l'Eritrea, il Marocco, la Libia o l'Egitto.

76 FF 2013 5103. Nel Canton Ticino vi è la legge cantonale di applicazione alla legislazione federale in materia di persone straniere (RL 1.2.2.1) e il relativo regolamento (RL 1.2.2.1.1), nonché la legge cantonale di applicazione delle norme federali concernenti le misure coercitive in materia di diritto degli stranieri (RL 1.2.2.2) e il suo regolamento (RL 1.2.2.2.1).

77 MÜNCK / DE WECK, *Anwaltsrevue* 2016, 168. È auspicabile, comunque, che tale esame venga svolto *ex ante* anche da parte del Giudice di merito, al fine di evitare decisioni contraddittorie.

78 La legge non stabilisce una durata di questa sospensione, ma l'autorità competente verificherà periodicamente l'adempimento delle condizioni e se lo straniero possa essere oggetto di un rimpatrio coatto.

In ogni caso, chi è oggetto di un provvedimento di espulsione cresciuto in giudicato ha comunque l'obbligo di lasciare la Svizzera (volontariamente) e perde conseguentemente ogni diritto di soggiornarvi (incluso il diritto all'asilo o all'accoglienza temporanea).

### 8. Conclusione: le nuove sfide della difesa penale

*“Avvocato cosa rischio in caso di condanna?”; “Mi revocheranno il permesso?”; “Avvocato e adesso cosa mi succede?”.*

Oggi giorno, un Avvocato penalista non deve solo essere pratico di diritto penale, avere una buona formazione, conoscere le lingue nazionali ed essere iscritto nella lista di picchetto, ma deve sapere anche di diritto amministrativo.

Come in una partita a scacchi, per assicurare una difesa efficace al Cliente occorre tracciare sin dall'inizio un quadro chiaro della situazione e stabilire quali sono i rischi che incombono sulla sua testa. Occorre, in altre parole, approfondire non solo la fondatezza delle accuse mosse nei suoi confronti, ma anche indagare sulla sua vita (è nato in Svizzera?), sul suo passato (ha precedenti penali? In Svizzera e/o all'estero?), sulla sua nazionalità (cittadino svizzero, UE / AELS o extra comunitario?), sul suo statuto (Ha un permesso di soggiorno? Di che tipo?), sapere se ha parenti (in Svizzera o all'estero?) e, sulla base delle informazioni così raccolte, stabilire quanto è grande il pericolo non solo di condanna, ma anche di espulsione dal paese. È meglio una piena confessione con contestuale proposta al Procuratore Pubblico di concludere il procedimento penale attraverso un rito abbreviato (beneficiando così di uno sconto di pena), oppure è meglio una difesa negazionista ad oltranza?

Una difesa prudente deve essere in grado, a qualunque grado di giudizio, di riuscire ad anticipare le mosse dell'avversario e prevedere così le sorti del procedimento penale, in modo da poter consigliare il Cliente di conseguenza. Per questo motivo, con l'entrata in vigore dell'espulsione giudiziaria, alla difesa penale si presentano nuove sfide, poiché deve affrontare non solo elementi puramente penali, ma anche questioni collegate con il diritto degli stranieri, esistenziali e umanitarie, spesso le più difficili da far accettare all'imputato. Questo implica che il Difensore deve ampliare i propri orizzonti giuridici verso settori estranei al diritto penale, tenendo presente che con l'entrata in vigore dell'istituto dell'espulsione giudiziaria, nella maggioranza dei casi *“les jeux sont faits”* e la partita a scacchi si conclude già alla crescita in giudicato della sentenza penale, senza possibilità (o quasi) di rivincita.

Ma questo significa anche che l'espulsione giudiziaria inserisce il diritto amministrativo nel codice penale, in particolare l'art. 66a cpv. 2 CP importa direttamente nel procedimento penale nozioni estranee di diritto degli stranieri<sup>79</sup>. Sempre più, dunque, si assiste ad una concentrazione nel procedimento penale di altre branche del diritto, a vantaggio soprattutto della celerità e dell'unità della procedura, ma con il rischio di uno svantaggio in termini di qualità della decisione. L'entrata in vigore dell'espulsione giudiziaria comporterà, dunque, per tutti gli attori (Avvocati, Procuratori Pubblici e Giudici) la necessità di acquisire familiarità, non solo con gli artt. 66a – 66d CP, ma anche con i principi e diritti applicabili in materia di stranieri e con la giurisprudenza CEDU.

<sup>79</sup> Situazione del resto che è già capitata in passato, si pensi ad esempio alla giurisprudenza CRP (60.2012.147 del 6 luglio 2012) con la quale obbliga il Procuratore Pubblico a dedurre nel decreto d'accusa (art. 51 CP) i giorni di carcerazione amministrativa sofferti dell'imputato in vista dell'allontanamento dal territorio svizzero.

## Varia

### Decisioni della Commissione di disciplina degli avvocati

#### Decisione no. 121 dell'8 settembre 2016

##### Violazione del dovere di diligenza

art. 12 lett. a) LLCA, art. 16 LAVv e art. 1 CSD

##### Violazione dell'obbligo di rendiconto

art. 12 lett. i) LLCA, artt. 16 e 20 LAVv, 21 CSD

1. omissis
2. Con segnalazione di data GG.MM.AAAA di AA, la Commissione viene sollecitata a verificare il comportamento tenuto dall'avv. BB, nella sua qualità di mandatario in una causa nei confronti della Banca CC. Il segnalante lamenta tutta una serie di comportamenti assunti dall'Avv. BB dei quali, come si vedrà in seguito, solo alcuni possono essere considerati di competenza di questa Commissione poiché potenzialmente fondanti una responsabilità disciplinare. In sintesi, il segnalante rimprovera all'Avv. BB:
  - di aver assunto un comportamento penalmente rilevante (più precisamente costituente un ricatto o un'estorsione) nell'aver chiesto ed ottenuto il sequestro di un fondo di proprietà di DD, situato a X, costringendo così AA al pagamento di una determinata somma per evitare la realizzazione del fondo, coinvolgendo tra l'altro una terza persona a suo avviso non debitrice;
  - di aver incassato una somma più elevata rispetto a quanto pattuito tra le parti;
  - di non aver fornito un rendiconto delle prestazioni effettuate;

- di aver omesso di dare conferma dei pagamenti in entrata;
- di non aver preso posizione sull'invio da parte del segnalante di una lista di pagamenti che a suo avviso sarebbero stati eseguiti senza valida ragione, e questo nonostante i molteplici solleciti.

3. In data GG.MM.AAAA è stata notificata all'Avv. BB l'apertura di un procedimento disciplinare per possibile violazione degli art. 12 lett. a LLCA, 16 LAVv e 2 CSD (cura e diligenza) e degli art. 12 lett. i LLCA, art. 16 e 20 LAVv e 21 CSD (obbligo di rendiconto).

Il segnalato ha dapprima informato la Commissione che il cliente, che lui considera essere DD, nemmeno era a conoscenza della segnalazione effettuata da AA e, non avendo esso acconsentito a liberarlo dal segreto professionale, si è limitato a osservare che il mandato gli era stato conferito da DD in maniera diretta ed esclusiva e pertanto quest'ultimo era l'unico debitore degli onorari e delle spese. A sostegno di ciò, l'Avv. BB ha allegato le fatture inviate alla cliente, asserendo peraltro che le stesse erano state tutte interamente saldate. Il legale segnalato ha concluso chiedendo di non dare seguito alla segnalazione.

Successivamente liberato dal segreto professionale, l'Avv. BB ha potuto prendere più ampia posizione sui rimproveri mossigli dal segnalante. Il legale ha dunque provveduto a far pervenire alla Commissione una serie di documenti che a suo avviso attesterebbero che solo mandante nonché debitore era DD (fatto che sarebbe confermato anche da alcune testimonianze rese nell'ambito della procedura contro la Banca CC) e che erano stati forniti sia rendiconti che fatture con relativi giustificativi.

4. Occorre preliminarmente circoscrivere i comportamenti corrispondenti a potenziali violazioni delle norme deontologiche che disciplinano la professione dell'avvocato, scartando tutte quelle condotte non rilevanti in questo contesto, che potranno eventualmente essere fatte valere in sede civile o penale. In effetti, la presente Commissione ha la competenza di pronunciarsi unicamente in caso di violazione delle leggi che regolamentano specificatamente la professione dell'avvocato, ossia essenzialmente violazioni della LLCA e della LAVv (cfr. art. 17 LLCA).

Nella fattispecie, secondo il segnalante il fatto di aver chiesto e ottenuto un sequestro su un terreno di proprietà di DD conseguendo così il pagamento di spese e onorari costituirebbe un comportamento penalmente rilevante; ebbene, ciò esula dalla competenza della presente Commissione e va eventualmente fatto valere in sede penale. Nello stesso ordine di idee si situa il pagamento in esubero, che AA pare sostenere avere effettuato per errore: questa pretesa è eventualmente di competenza di una giurisdizione civile, non di certo di questa Commissione.

Rilevanti poiché rientranti nelle competenze della presente Commissione sono invece le lamentate mosse da AA nei confronti del segnalato che riguardano il fatto di non aver fornito il resoconto delle prestazioni effettuate, di non aver dato conferma dei pagamenti ricevuti, e di aver omesso di prendere posizione su alcune osservazioni formulate dal segnalante.

5. Le regole professionali che si impongono a un avvocato sono sancite esaustivamente dagli art. 12 e 13 LLCA. I codici deontologici che sussistono sul piano federale e talora cantonale (Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 1139)

non hanno valore normativo e possono semmai servire a scopo di interpretazione purché esprimano una concezione diffusa a livello pressoché nazionale (DTF 130 II 270 cons. 3.1.1; STF 2P.4/2004 del 10 dicembre 2004, cons. 3.4; cfr. m. LLCA n. 172.2 e 233.2; STF 2a/658/2004 cons. 3.1). Giusta l'art. 12 lett. a LLCA, l'avvocato esercita la professione con cura e diligenza. La norma è ripresa dall'art. 16 LAVv, che recita come l'avvocato eserciti la sua professione nel rispetto delle leggi, con cura e diligenza, in piena indipendenza e si dimostri degno della considerazione che questa esige. L'art. 2 del Codice svizzero di deontologia, riguardante l'esecuzione del mandato, sancisce che l'avvocato esercita la sua professione in piena indipendenza stabilendo con il cliente relazioni chiare, che egli esegue il mandato tempestivamente e informa il cliente circa lo sviluppo dell'incarico affidatogli, ed infine che egli è personalmente responsabile dell'esecuzione del mandato.

L'art. 12 lett. i LLCA pretende invece dall'avvocato che egli informi il cliente, regolarmente o su domanda, circa l'importo degli onorari dovuti. Tale dovere è specificato pure all'art. 20 LAVv, che statuisce come l'avvocato debba tenere le registrazioni necessarie per stabilire in ogni momento la distinta delle sue prestazioni nonché degli impegni e dei crediti che ne derivano (cpv. 1). A richiesta egli presenta in ogni momento al mandante la distinta delle spese, degli incassi e degli onorari (cpv. 2). Del medesimo tenore è l'art. 21 del Codice svizzero di deontologia, che recita come l'avvocato informa regolarmente il cliente sull'ammontare del proprio onorario e sulle spese (cpv. 1) e, se il cliente lo richiede, deve presentare una fattura dettagliata (cpv. 2). Lo stesso Tribunale federale specifica come tale

norma costituisca la versione disciplinare del dovere di rendiconto previsto all'art. 400 cpv. 1 CO, che impone all'avvocato di precisare il lavoro che ha effettuato e i costi che ha sopportato.

L'avvocato deve dunque fornire al proprio cliente delle fatture dettagliate che gli permettano di determinare con precisione la sua attività. L'avvocato che non presenta una simile fattura dettagliata, malgrado ripetute richieste esplicite del cliente, viola l'art. 12 lett. i LLCA e può essere punito disciplinarmente (TF 13.08.2004 2A.18/2004, consid. 7.2.3). Dottrina e giurisprudenza aggiungono come, se da un lato l'avvocato non è obbligato a presentare spontaneamente una nota d'onorario che descriva, nel dettaglio, la propria attività e il tempo che vi ha consacrato, lo è invece dall'altro se il cliente ne fa esplicita richiesta (Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1785 e 2836; Fellmann/Zindel, *Anwaltsgesetz*, 2011, n. 172). Le note d'onorario, infine, devono essere accompagnate da pezze giustificative, se il cliente le richiede (Bohnet/Martenet, op. cit., n. 2834).

6. *In casu*, per poter giudicare se vi è o no una violazione delle disposizioni precitate, occorre innanzitutto stabilire a chi l'Avv. BB fosse legato da un contratto di mandato. In effetti, il segnalato sostiene che suo cliente fosse DD, avendo egli ricevuto mandato da quest'ultimo in maniera diretta ed esclusiva. A supporto di ciò, l'Avv. BB afferma di aver inviato tutte le fatture a DD (e ne produce copia) aggiungendo che pure AA e la di lui figlia hanno confermato questa circostanza nelle dichiarazioni a verbale rese in ambito civile. Di diversa opinione è il segnalante: egli sostiene in sostanza che DD fosse sì cessionario dei diritti nei confronti della Banca CC (questo a seguito della messa in

opera di una strategia professionale suggerita dal segnalato), ma ciò da un punto di vista puramente formale. Debitrice di ogni prestazione, nonché firmataria della procura sarebbe invece stata la figlia del segnalante signora EE.

Ora, la procura di cui AA parla (senza tuttavia produrla) sarebbe stata firmata dalla figlia EE in data GG.MM.AAAA; la cessione dei diritti nei confronti della Banca CC a DD sarebbe invece avvenuta successivamente. Alla luce di ciò, e del fatto che tutte le comunicazioni da parte delle autorità nell'ambito del procedimento civile in questione fossero dirette a DD, pare evidente come il solo mandante dell'Avv. BB fosse DD, ciò è confermato dal fatto che tutte le fatture sono state indirizzate a quest'ultimo. Chi poi effettivamente le ha pagate non ha importanza, come pure non è rilevante il fatto che l'Avv. BB non produca alcuna procura scritta a dimostrazione del mandato che lo legherebbe alla cliente. Infatti, il contratto di mandato tra un avvocato e il proprio cliente non è condizionato dal rispetto di alcun forma particolare; il principio ha valenza anche nel caso in cui l'avvocato debba compiere atti giuridici o giudiziari la cui validità presuppone il rispetto di una forma particolare. Che la procura (che si distingue dal contratto) debba essere fornita per iscritto e depositata da un giudice in virtù di alcune leggi di procedura, non cambia nulla (Bohnet/Martenet, op. cit., n. 2634).

7. Occorre a questo punto stabilire se i comportamenti, o piuttosto le segnalate omissioni, dell'Avv. BB siano costitutive di una violazione dell'obbligo di esercizio della professione con cura e diligenza, rispettivamente se abbiano disatteso l'obbligo di rendiconto che incombe all'avvocato.

Si rileva innanzitutto come il segnalato abbia sempre provveduto regolarmente a inviare a DD le fatture relative alle prestazioni da lui effettuate nell'ambito del contratto di mandato, e come queste ultime abbiano fatto l'oggetto di rendiconti piuttosto dettagliati; questo si evince dall'analisi della documentazione che il legale ha prodotto. Pure i pagamenti effettuati dalla cliente (o da chi per essa) sono stati registrati correttamente dal legale segnalato e, quando essi sono stati effettuati in contanti, hanno fatto l'oggetto di ricevute (anche queste ultime prodotte dalle parti). L'Avv. BB ha provveduto anche all'invio di lettere accompagnatorie in cui spiegava quali fossero i criteri adottati per il calcolo degli onorari e delle spese. Pure i giustificativi relativi agli anticipi versati alle autorità giudiziarie o da esse restituiti, alle ripetibili pagate dalla o alla controparte nonché al versamento di tasse e spese sono stati correttamente conservati dal segnalato, così da poterli sottoporre alla cliente in caso di specifica richiesta.

Che poi gli onorari e le spese del legale fossero secondo il segnalante troppo alti non è rilevante, tanto più che egli ha dal 2002 in poi pagato le fatture senza sollevare alcun tipo di reclamo o malcontento. Infatti, per ritenere una violazione del dovere di diligenza dell'avvocato, la nota di onorario indirizzata al cliente deve essere *notevolmente* eccessiva (Bohnet/Martenet, op. cit. n. 1226), ciò che non è il caso nella fattispecie in esame: l'Avv. BB ha applicato una tariffa di CHF 350.00 all'ora, che rientra in ciò che è usuale nel Canton Ticino per le prestazioni effettuate. Infine, si constatò che, a seguito della richiesta da parte di AA che gli fossero chiarite alcune delle poste del fatturato, il segnalato ha per mezzo di un messaggio di posta elettronica giustificato le proprie pretese creditizie.

8. Ne consegue che nella presente fattispecie non si riscontra violazione dell'art. 12 lett. a e i LLCA, degli art. 16 e 20 LAVv, né di altre norme che richiederebbero un intervento di questa Commissione. Il procedimento disciplinare è abbandonato.

**Decisione no. 131 dell'8 settembre 2016 – Atteggiamiento dignitoso verso le Autorità art. 12 lett. a) LLCA, art. 16 LAVv e art. 8 CSD**

1. omissis
2. Con la segnalazione citata in ingresso, il Giudice AA ha rimproverato all'avv. BB di aver formulato dapprima oralmente, al termine di un'udienza e successivamente in forma scritta, nell'ambito dell'allegato di motivazione dell'appello, delle affermazioni che avrebbero minato la dignità del segnalante.

In concreto, il segnalante riferisce che, subito dopo la comunicazione del dispositivo, il segnalato avrebbe affermato che la decisione era *“fuori di testa”* e che *“se l'imputato non fosse straniero non saremmo qui”*.

In un secondo momento, nel memoriale con le motivazioni dell'appello, il segnalante ha ravvisato tutta una serie di affermazioni parimenti lesive, e meglio:

*“... a prescindere dalle citazioni di dottrina e giurisprudenza del Giudice, che lasciano il tempo che trovano...”*

*“... era evidente a chiunque ma non al Giudice...”*

*“... circa la censura mossa al signor XY di non avere riconosciuto... rasentiamo di nuovo il ridicolo...”*

*“... gli accertamenti siano stati fatti a senso unico e senza veramente voler assumere la necessaria oggettività...”*

*“...inchiodare” il signor XY è sembrato*

*invece essere sin da subito l'obiettivo (del Giudice, nota del segnalante)."*

Infine, riferendosi al rinvio nella motivazione della decisione di un precedente penale, il segnalato avrebbe qualificato questo modo di agire del Giudice quale "subdolo" e teso a "mescolare le carte".

3. In data GG.MM.AAAA, la Commissione di disciplina degli avvocati ha avviato un procedimento disciplinare nei confronti dell'avv. BB per possibile violazione degli art. 12 lett. a LLCA, 16 LAVv e art. 8 CSD.

4. Chiamato a formulare le proprie osservazioni il segnalato ha respinto le censure mosse dal denunciante, ritenendo di non avere violato alcuna norma deontologica. In particolare egli, pur ammettendo l'utilizzo di un linguaggio energico, si appella alla libertà d'espressione di cui gode l'avvocato nell'esperimento del proprio mandato di difesa del cliente. Inoltre, egli osserva di non aver attaccato personalmente il Giudice, ma di essersi espresso solo in merito alla motivazione della sentenza poi impugnata.

In merito alle affermazioni verbali, egli ammette che al termine del dibattimento egli ha qualificato la decisione come "fuori di testa", invero rivolgendosi al cliente senza preoccuparsi del fatto che altri, il Giudice e la segretaria, potessero sentire. Per quanto concerne l'altra affermazione verbale, egli contesta che la stessa sia stata proferita dopo la comunicazione del dispositivo: egli ammette di avere detto ciò, ma durante l'arringa.

Per quanto concerne le altre affermazioni, egli ritiene che le stesse vengano valutate nel contesto dell'allegato di motivazione: una semplice estrapolazione delle stesse potrebbe falsarne eccessivamente il vero significato.

Infine, egli chiede che venga assunto quale teste il signor CC, che dovrebbe poter riferire in merito ai fatti alla base della decisione.

5. Per quanto concerne quest'ultima richiesta, codesta Commissione non ritiene di doverla ammettere. Infatti, oggetto della presente procedura non è l'accertamento dei fatti che hanno portato alla condanna del cliente del segnalato, ma il comportamento tenuto da quest'ultimo in occasione del dibattimento e il tenore delle affermazioni contenute nell'allegato di motivazione dell'appello.

6. E' noto come, nell'esercizio della professione, l'avvocato possa prevalersi della libertà di opinione e d'informazione (DTF 125 I 417, cons. 3; 108 Ia 316, cons. 2; 106 Ia 100, cons. 6a; RDAT 1996-I, n. 7 cons. 3b). Egli dispone infatti di un vasto diritto di critica verso l'amministrazione della giustizia e le autorità in generale, sia in occasione di comparse scritte che di dibattiti orali. L'avvocato ha il diritto e addirittura il dovere di rilevare eventuali anomalie e vizi di procedura. Alcune esagerazioni devono essere tollerate poiché, se il legale si vedesse vietare ogni critica infondata, non gli sarebbe più possibile presentare senza rischi una censura eventualmente giustificata. Tale libertà è tuttavia limitata dall'interesse pubblico alla garanzia del rispetto delle istituzioni giudiziarie e della fiducia riposta nella professione dell'avvocato. La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'avvocato non è legittimato 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 dell'avvocato o del suo cliente non impone al professionista di far valere le proprie ragio-

ni, utilizzando strumenti giuridici o espressioni volti a gettare discredito sulle istituzioni, sui magistrati o sui colleghi (STF 2P.304/2002, del 9 aprile 2003 cons. 5.2). Sanzionate, insomma, sono le critiche espresse in malafede o in una forma lesiva dell'onore e dell'integrità del Tribunale, come, fra gli altri, attacchi oltraggiosi, esagerazioni manifeste nei termini utilizzati, toni indecenti, allegazioni polemiche, denigrazione delle autorità (Fellmann/ Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, II edizione, n. 39 ss all'art. 12 LLCA; Bohnet/ Martenet, Droit de la profession d'avocat, n. 1247 ss, in particolare 1252 e 1253; Valticos/Reiser/Chappuis, Loi sur les avocats, n. 42 ss all'art. 12 LLCA).

7. Nel caso concreto, si impone di verificare per ogni affermazione se il segnalato abbia violato o meno le norme deontologiche applicabili.

Per quanto concerne le affermazioni verbali, questa Commissione non ritiene che il segnalato abbia ecceduto il consentito.

L'affermazione *“se l'imputato non fosse straniero non saremmo qui”*, che questa Commissione deve ritenere essere stata proferita durante l'arringa non essendovi prove del contrario, rientra ancora nel limite di un'accalorata difesa degli interessi del cliente.

In merito alla qualifica di *“fuori di testa”* attribuita alla decisione, va osservato che la stessa è stata fatta al di fuori dell'esercizio diretto delle mansioni della difesa. La stessa è infatti stata formulata subito dopo la comunicazione del dispositivo, non era dunque funzionale al patrocinio del cliente. Nonostante ciò, anche in questo caso, essendo la qualifica indirizzata alla decisione e non al Giudice personalmente, non è ravvisabile una violazione delle norme deontologiche.

Discorso analogo vale per praticamente tutte le affermazioni estrapolate dal memoriale di motivazione, che non costituiscono degli attacchi personali al Giudice, ma che inserite nel contesto dell'allegato risultano essere delle critiche - a volte molto colorite - nei confronti dei motivi e del modo di operare che hanno portato alla decisione impugnata dal segnalante.

La situazione è però differente per l'ultima affermazione, che per completezza riportiamo qui integralmente:

*“Subdolo è oltretutto il tentativo del Pretore di mescolare le carte, facendo balenare dubbi sul signor XY per il semplice fatto che egli abbia subito una condanna per fatti che nulla hanno a che vedere con la presente fattispecie.”*

In questo caso non ci si trova di fronte a una critica in merito all'agire dell'Autorità o ai motivi posti alla base della decisione poi impugnata, ma è il comportamento del giudice che è qualificato di *“subdolo”* e teso a *“mescolare le carte”*.

Subdolo è infatti aggettivo detto di persona che tende a dissimulare le proprie intenzioni e a comportarsi in modo falso e coperto, allo scopo di trarre in inganno e di conseguire un fine nascosto, per estensione riferito anche al comportamento, agli atti e alle parole (Dizionario Treccani).

Ciò costituisce un attacco personale al Giudice, il cui comportamento, quindi egli per estensione, è qualificato di falso e mirante a trarre in inganno, conclusione ulteriormente accentuata dall'utilizzo dell'espressione *“mescolare le carte”*.

V'è una differenza determinata tra il sostenere che un giudice abbia sbagliato, anche grossolanamente o in maniera arbitraria, e accusarlo di aver volontariamente agito subdolamente.

A mente della scrivente Commissione, ciò va al di là della libertà di espressione garantita all'avvocato e costituisce dunque una violazione delle norme deontologiche, in particolare dell'art. 12 a) LLCA.

8. Con scritto del GG.MM.AAAA il segnalato ha comunicato alla scrivente Commissione che la Corte di appello e di revisione penale ha accolto il gravame interposto avverso la decisione della Pretura penale, allegando copia della decisione.

Con ciò, egli ritiene che le critiche sollevate in merito all'operato del Giudice di primo grado siano state avallate dall'autorità di ricorso. Pur senza indicarlo esplicitamente nel proprio scritto, evidentemente egli ritiene che con ciò la procedura disciplinare debba essere chiusa senza seguito. La Commissione è di diverso avviso: occorre infatti distinguere il diritto di critica che spetta all'avvocato, in particolare nell'ambito delle procedure di ricorso, dagli attacchi personali e dalle esternazioni al di sopra delle righe, che costituiscono una violazione delle norme deontologiche, a prescindere dall'ammissibilità di un eventuale ricorso.

9. Occorre ora stabilire con quale pena la violazione professionale dell'avv. BB debba essere sanzionata, ritenuto che l'art. 17 cpv. 1 LLCA prevede l'avvertimento, l'ammonimento, la multa fino a CHF 20'000.00, 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 comportamento 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. 47

CPS), ovvero si deve giudicare in base alla colpa, tenendo conto dei motivi dell'infrazione, della vita anteriore e delle condizioni personali dell'interessato, dei suoi antecedenti, così come del comportamento da egli tenuto nel corso della procedura (Poledna, Kommentar zum Anwaltsgesetz, IIa ed., n. 23 segg. all'art. 17; Bohnet/Martenet, op. cit., n. 2178, 2183-2187).

Nello specifico la violazione deontologica è data e può essere considerata di media entità. L'avv. BB non ha precedenti disciplinari. Nelle proprie osservazioni egli non ha manifestato la minima autocritica, al contrario nel memoriale di osservazioni è a tratti fin provocatorio (si pensi che egli si riferisce al Giudice segnalante come al "signor AA", misconoscendo quindi la qualifica di Giudice).

Questa Commissione ritiene pertanto adeguata una multa di CHF 600.00.



# Impressum

---

## *Editore*

Ordine degli avvocati del Cantone Ticino,  
Corso San Gottardo 3, Casella postale 1649,  
6830 Chiasso

Telefono: 091 682 95 61

Telefax: 091 682 95 62

E-mail: [info@oati.ch](mailto:info@oati.ch)

Website: <http://www.oati.ch>

## *Comitato di redazione*

Commissione del Bollettino dell'Ordine  
degli avvocati del Cantone Ticino  
avv. Augusta Simoni, coordinatrice,  
Viale Officina 6, 6500 Bellinzona,  
Telefono: 091 825 15 52  
E-mail: [augusta.simoni@crespi.ch](mailto:augusta.simoni@crespi.ch)

avv. Tamara Erez, membro,  
Via Canonica 5, 6901 Lugano,  
Telefono: 091 910 19 00  
E-mail: [tamara.erez@peterlegal.com](mailto:tamara.erez@peterlegal.com)

avv. Lea Kaufmann, membro,  
via Belvedere 3, 6976 Castagnola,  
Telefono: 091 970 38 03

## *Distribuzione*

Segretariato dell'Ordine degli avvocati  
del Cantone Ticino  
Corso S. Gottardo 3, 6830 Chiasso

## *Grafica di copertina*

Antonio Bertossi  
Designer SUP in Comunicazione visiva - 2010  
[at@pantonio.ch](mailto:at@pantonio.ch)

## *Stampa*

Pedrazzini Offset  
tipografia-legatoria-edizioni-pubblicità  
Via Varenna 7, 6600 Locarno  
Telefono: 091 751 77 34, Fax: 091 751 51 18

## *Tiratura*

1100 esemplari  
2 numeri l'anno: aprile e novembre

## *Chiusura redazionale*

15 marzo / 30 settembre

Abbonamento annuale: CHF 25.00  
Numero singolo: CHF 15.00