

**SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI
SENTENZA 4 FEBBRAIO 2005 N. 2197**

Procedimento disciplinare – Natura amministrativa – Sussistenza – Principi fondamentali della giurisdizione – Applicazione – Necessità – Mutamento capi d'inculpazione – Ammissibilità – Esclusione

Il provvedimento dinanzi al Consiglio dell'Ordine, pur avendo natura amministrativa, è retto dai fondamentali principi regolatori della giurisdizione: quali quello del contraddittorio e della pienezza del diritto di difesa. Pertanto, non è possibile, per l'organo giudicante, porre alla base della propria decisione motivi di inculpazione diversi da quelli contenuti nell'atto di citazione introduttivo del procedimento (1).

La sentenza così motiva:

(Omissis)

Svolgimento del processo

A seguito di esposti della s.r.l. Eurocrediti, esercente attività di recupero crediti, l'avvocato E.S. veniva sottoposto dal consiglio dell'Ordine degli avvocati di Gorizia a procedimento disciplinare per diversi addebiti, fra cui quello di avere, in data 5 aprile 1991, stipulato con detta società una convenzione, in forza della quale egli s'impegnava a richiedere il proprio compenso per diritti ed onorari soltanto in caso di esito positivo della causa, senza che ricorressero motivi di liberalità o ragioni etico - sociali, in contrasto con l'inderogabilità dei minimi tariffari.

L'inculpato sosteneva, a propria discolta, che la convenzione riguardava soltanto i rapporti tra la Eurocrediti e i clienti di quest'ultima, e non era, quindi, a lui applicabile.

A seguito della ricasazione ed astensione dei consiglieri il procedimento veniva trasmesso al consiglio dell'Ordine di Trieste il quale, con decisione notificata il 21 settembre 2002, dichiarava responsabile il professionista del predetto addebito, irrogandogli la sanzione della censura. Il consiglio riteneva che la convenzione riguardava, almeno in parte, i rapporti tra l'avvocato S. e la Eurocrediti, e che la stessa, essendo stata conclusa con soggetto esercente attività di recupero crediti, costituiva violazione dell'art. 10 del codice deontologico. Pur non essendo il codice ancora in vigore all'epoca del fatto, lo stesso era da ritenersi, comunque sanzionabile, secondo la giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense. Osservava, inoltre, il Consiglio che la eccepita prescrizione non era maturata. Infatti, pur essendo stata la convenzione stipulata nel 1991 ed essendo stato il procedimento disciplinare iniziato nel 1998, la condotta sanzionabile si era protratta fino al 1996, anno in cui l'avv. S. aveva richiesto il pagamento di onorari in forza della convenzione.

L'inculpato proponeva ricorso dinanzi al Consiglio Nazionale Forense, deducendo i seguenti motivi:

1) nullità per violazione del diritto di difesa. Era stato contestato l'addebito di violazione dei minimi tariffari, mentre il riferimento alla convenzione avrebbe avuto solo carattere strumentale. Inoltre, nella contestazione era stato fatto riferimento all'art. 5 del codice deontologico, mentre la decisione si riferiva alla violazione di cui all'art. 10;

2) prescrizione dell'azione disciplinare;

3) l'art. 10 del codice deontologico non sanziona la condotta di cui alla contestazione, essendo necessario esercitare attività di recupero crediti; inoltre, l'ipotesi non era all'epoca sanzionata;

4) non sussisteva alcuna convenzione, ma soltanto un contratto di mandato.

Il Consiglio Nazionale Forense, con decisione 19 luglio 2003 - 16 marzo 2004, rigettava il ricorso del professionista con la seguente motivazione:

□ la decisione era stata resa sulla contestazione di aver stipulato la convenzione, e non sussisteva la violazione denunciata, in quanto l'art. 10 del codice deontologico, richiamato nella decisione impugnata, non fa che recepire la clausola generale della violazione dei doveri di lealtà e probità;

□ pur non essendo il codice deontologico vigente all'epoca del fatto, le regole in esso contenute non facevano che recepire modelli di condotta sanzionabile già in precedenza configurati, dei quali esso, come stabilito nell'art. 60, conteneva solo un elenco esemplificativo, e non tassativo;

□ la decisione aveva adeguatamente spiegato che la mera stipula di convenzione avente ad oggetto attività di recupero crediti costituisce illecito, in quanto viola l'indipendenza dell'avvocato, ritenendo, inoltre, applicabile l'art. 10, ultimo comma;

□ la convenzione, contrariamente a quanto sostenuto dall'avv. S., disciplinava proprio i rapporti tra il professionista, la Eurocredit s.r.l. e i clienti di quest'ultima;

□ quanto all'eccezione di prescrizione, l'illecito doveva considerarsi perpetrato per tutto il periodo in cui si producevano gli effetti obbligatori della convenzione. Avverso tale decisione l'avv. S. ha proposto ricorso per Cassazione, sulla base di quattro mezzi di annullamento e di memoria.

Le autorità intime non hanno svolto attività difensiva in questa sede. p. 2. I motivi di ricorso.

2.1. Col primo motivo, denunciando violazione degli articoli 45 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578; 48, n. 2, del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37; 24, comma 2 Costituzione; in relazione all'art. 56, 3 comma, r.d.l. n. 1578 del 1933, il ricorrente lamenta la violazione del contraddittorio, per avere il Consiglio Nazionale Forense dichiarato la sua responsabilità disciplinare in relazione a fatto diverso da quello contestato. Rileva che, mentre il decreto di citazione dinanzi al Consiglio dell'Ordine faceva riferimento alla violazione del divieto di deroga ai minimi tariffari, conseguente all'applicazione della convenzione, la responsabilità è stata ritenuta in relazione alla mera stipulazione della con-

venzione stessa. In altre parole, mentre l'addebito originario integrava una ipotesi di violazione dei doveri di lealtà e probità, di cui all'art. 5 del codice deontologico, come specificato nel decreto di citazione, l'illecito ritenuto in decisione era quello previsto dall'art. 10, n. 3, del codice deontologico, il quale vieta la stipulazione di convenzioni con società di recupero crediti e riguarda, quindi, il dovere d'indipendenza dell'avvocato.

Inoltre il divieto di comportamenti contrari ai doveri di lealtà e probità non costituisce - secondo il ricorrente - ipotesi d'illecito a sà stante, ma è uno dei principi informativi dell'attività professionale.

2.2. Col secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 51 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, in relazione all'art. 56, 3 comma, dello stesso r.d.l., il ricorrente censura la mancata applicazione della prescrizione. Deduce che, contrariamente a quanto affermato nella decisione, l'illecito ritenuto sussistente era costituito soltanto dalla stipulata convenzione, e non già dall'esecuzione della stessa, la quale esula dall'ipotesi prevista dall'art. 5, comma 3, del codice deontologico.

Rileva, inoltre, che, anche ad ammettere che il termine decorresse dal momento in cui l'esecuzione della convenzione era cessata (1996), la prescrizione si era, comunque, verificata, essendo stata la diversa ipotesi d'illecito ritenuta nella decisione portata a sua conoscenza soltanto il 21 settembre 2002, data in cui gli era stata notificata la decisione del Consiglio dell'Ordine di Trieste.

2.3. Col terzo motivo, denunciando violazione degli articoli 38, 1 comma, e 40, n. 2, del r.d.l. n. 1578 del 1933, in relazione all'art. 56, 3 comma, stesso r.d.l., il ricorrente lamenta che l'ipotesi d'illecito disciplinare ritenuta in decisione non era prevista all'epoca dei fatti, essendo stata introdotta col codice deontologico, approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 aprile 1997. In nessun caso, in precedenza, la semplice stipula di convenzione con soggetto esercente attività di recupero crediti veniva considerata illecito disciplinare. Nella giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense veniva censurata, non già la semplice stipula di convenzione, ma la condotta di aver ospitato nel proprio studio un'agenzia di recupero crediti, concedendo alla stessa l'uso del proprio telefono, ovvero la condotta dell'avvocato che, nei rapporti con una società di recupero crediti, abbia ricevuto deleghe in bianco dei clienti della società medesima; oppure che abbia consentito la stampa di carta intestata al proprio nome con l'indirizzo della società e l'uso di tale carta da parte dei dipendenti della società stessa.

La disposizione contenuta nell'art. 60 del codice deontologico, secondo cui possono esistere altre ipotesi d'illecito oltre quelle descritte nello stesso codice, non può far trascurare il fatto che l'ipotesi ritenuta in decisione è stata espressamente prevista in una specifica norma del codice.

Lamenta, infine, il ricorrente che sia stata affermata l'esistenza di una convenzione, laddove si trattava di un semplice mandato, col quale la società Eurocredit lo nominava difensore dei suoi clienti, i quali avrebbero, poi,

dovuto conferirgli la procura alle liti.

2.4. Col quarto motivo, denunciando eccesso di potere e omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 56,3 comma, r.d.l. n. 1575 del 1933, il ricorrente ripropone le censure svolte nei precedenti motivi sotto il profilo del vizio di motivazione, lamentando che i punti della decisione oggetto di critica, oltre a violazione di norme giuridiche, non contengano alcuna motivazione, sia sulla modifica dell'ipotesi d'illecito disciplinare, sia per quanto attiene alla ricostruzione del rapporto come convenzione, e non come mandato.

Motivi della decisione

3.1. Il primo motivo merita accoglimento, dovendosi ritenere violato il principio del contraddittorio, per avere il consiglio dell'Ordine posto a base della decisione un' ipotesi di illecito disciplinare diversa da quella contestata e non costituente oggetto del dibattito dinanzi allo stesso consiglio.

E' da premettere che, pur avendo il procedimento dinanzi al consiglio dell'Ordine natura amministrativa, lo stesso, stante il suo carattere contenzioso, preordinato ad una successiva fase giurisdizionale e in considerazione dell'incidenza che il suo esito può svolgere nella sfera professionale e personale dell'avvocato, è retto dai fondamentali principi regolatori della giurisdizione e, in particolare, da quello del contraddittorio e della pienezza del diritto di difesa.

L'applicazione di tale principio è stata costantemente affermata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (sentenze 10 febbraio 1998, n. 1342; 7 maggio 1998, n. 4630; 5 febbraio 1999, n. 39) la quale ha specificato che il dovere di contestazione dei fatti su cui si fonda la decisione costituisce una garanzia irrinunciabile nel procedimento dinanzi al consiglio dell'Ordine.

La formula impiegata dall'art. 45 del r.d.l. 27 novembre 1933, n.1578, che trova corrispondenza nell'art. 112 cod. proc. civ., deve, naturalmente, essere letta ed opportunamente integrata alla luce dei principi costituzionali, e cioè in quello della piena attuazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e in quello del giusto processo, contenuto nel nuovo testo dell'art. 111, comma primo, Cost..

Tale norma, integrata con quella contenuta nel secondo comma, il quale stabilisce che ogni processo si svolga "nel contraddittorio tra le parti", non rende più possibile un'indiscriminata applicazione del principio *jura novit curia*, imponendo al giudice di non porre a base della propria decisione, non solo fatti diversi da quelli che hanno costituito oggetto di dibattito processuale, ma anche soluzioni giuridiche sulle quali le parti non abbiano avuto la possibilità di svolgere le loro difese.

Si tratta del c.d. divieto di emettere decisioni a sorpresa, già noto in altre esperienze giuridiche e che deve considerarsi - a seguito della riforma costituzionale - un naturale corollario del principio del contraddittorio.

Per verificare se sia stata fatta rigorosa applicazione di tale principio, certamente operante anche nel procedimento (amministrativo) dinanzi al consiglio dell'Ordine, occorre considerare, altresì, la speciale configurazione normativa dell'illecito disciplinare degli avvocati, non regolato secondo forme tipizzate, ma dalla clausola generale (o concetto giuridico indeterminato) contenuta nell'art. 38 del r.d. 27 novembre 1933, n. 1578.

Come le Sezioni Unite Corte hanno già ritenuto in precedenti decisioni (si veda, tra le ultime, la sentenza 10 dicembre 2001, n. 15607), l'individuazione di fattispecie disciplinarmente rilevanti - nell'applicazione del citato art. 38, o in casi analoghi, quali l'art. 18 del r.d.l. n. 511 del 1946 in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari - è rimessa esclusivamente agli organi disciplinari, e non è sottoposta a diretto riesame in sede di legittimità. Pertanto, la scelta effettuata dall'organo disciplinare nell'atto di iniziativa e contenuta nel decreto di citazione costituisce un atto di definizione dell'ipotesi d'illecito. La modificazione posta in essere nel caso in esame va ben al di là di una diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto, in quanto proprio l'individuazione dell'illecito sanzionabile - nell'ambito del concetto giuridico indeterminato che definisce i confini esterni della fattispecie normativa d'illecito - costituisce un giudizio non meramente conoscitivo, ma assiologico.

Orbene, nella specie, la contestazione enunciata inizialmente e trasfusa nel decreto di citazione a giudizio si riferiva alla stipulazione della convenzione, non già in relazione alla violazione del dovere d'indipendenza, ma soltanto di quello d'inderogabilità dei minimi tariffari, ipotesi in relazione alla quale l'incolpato aveva svolto le sue difese. La scelta iniziale compiuta dall'organo disciplinare, quindi, non individuava alcun profilo illiceità disciplinare nella stipulazione della convenzione, se non con riferimento all'inderogabilità dei minimi tariffari, non apparendo risolutivo il rilievo che tale ipotesi fosse stata successivamente prevista nel codice deontologico di comportamento.

Tale modificazione dell'originaria incolpazione in altra ipotesi che non poteva in alcun modo considerarsi parte integrante della prima (e quindi in essa ricompresa) viola il principio del contraddittorio in relazione agli articoli 24 Cost. e 112 cod. proc. civ., ed ancor più in relazione al principio del giusto processo, introdotto col nuovo testo dell'art. 111 Cost., proprio perché con essa l'organo disciplinare ha posto in essere una vera e propria decisione a sorpresa, compiendo un giudizio di valore del tutto diverso da quello originariamente espresso attraverso la definizione della condotta illecita originariamente contestata, e senza che, in relazione alla nuova ipotesi, si fosse svolta alcuna attività difensiva dell'incolpato.

3.2. L'accoglimento della censura, nei termini sopra precisati, comporta la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata, con assorbimento degli altri motivi.

Ricorrono giusti motivi per compensare le spese.

(1) IN TEMA DI “GIUSTO PROCESSO” DISCIPLINARE PER GLI AVVOCATI.

1. Posizione del problema. – 2. La formulazione dei motivi di incolpazione. – 3. Il sistema delle prove. – 4. La terzietà del giudicante. – 5. Il giudizio innanzi al Consiglio Nazionale Forense. – 6. Natura del giudizio davanti alle Sezioni Unite della Cassazione. – 7. Conclusioni.

1. Posizione del problema.

La sentenza n. 2197, del 4 febbraio 2005, resa dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte di Cassazione, nel ricordare¹ come: “il dovere di contestazione dei fatti su cui si fonda la decisione costituisce una garanzia irrinunciabile nel procedimento innanzi al Consiglio dell’Ordine”, ancora alle regole del giusto (*rectius*: dovuto)² processo, dettate dal coordinato disposto dagli articoli 3, 24 e 111 della nostra Carta costituzionale, anche i principi che deve attuare il “procedimento-processo” disciplinare³ da intentarsi nei confronti degli avvocati.

Tale considerazione, della Suprema Corte, offre lo spunto per operare alcune riflessioni in merito alla natura ed alla effettiva tutela accordata agli avvocati nell’ambito del procedimento disciplinare, regolato dal regio decreto legge del 27 novembre 1933, n. 1578, normato in particolare nel quarto titolo (artt. 38-51)⁴.

2. La formulazione dei motivi di incolpazione.

E’ noto che il procedimento disciplinare, che si svolge innanzi al Consiglio dell’Ordine, di appartenenza del professionista⁵, integra un procedimento amministrativo e non costituisce un giudizio, ma soltanto una fase prodromica ad esso di natura amministrativa; tuttavia, appare evidente, e la pronuncia, che si annota, della Corte di Cassazione lo afferma in modo trasparente ricordando, che “pur avendo il procedimento dinanzi al Consiglio dell’Ordine natura amministrativa, lo stesso, stante il suo carattere contenzioso, preordinato ad una successiva fase giurisdizionale e in considerazione dell’incidenza che il suo esito può svolgere nella sfera professionale e personale dell’avvocato, è retto dai fondamentali principi regolatori della giurisdizione ed in particolare, da quello del contraddittorio e della pienezza del diritto di difesa”.

Pertanto, alla luce delle affermazioni della Suprema Corte, il procedimento disciplinare deve rispondere alle regole del giusto procedimento – sancite dalla legge n. 241 del 1990 (da cui mutua i principi della partecipazione e dell’accesso alla documentazione)⁶, integrate dalle regole del giusto processo, derivanti dal coordinato disposto degli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione (in materia di terzietà del giudice, di pienezza della tutela e di condivisione delle prove).

Invero, l’articolo 45 del R.d.l., che regola l’ordinamento della professione di avvocato, è coerente con tale sistema affermando che “il Consiglio dell’Ordine non può infliggere nessuna pena senza che l’incolpato sia stato citato a comparire davanti ad esso” al fine di esercitarvi il suo diritto alla difesa, sulla base di contestazioni relative al suo comportamento, contestazioni che debbono, necessariamente, essere contenute nell’atto con il quale è disposta la citazione che dà il via al procedimento disciplinare.

Analogamente ad altri procedimenti disciplinari, quali – ad esempio . quelli regolati dallo statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 20 maggio 1970)⁷ appare evidente, anche nel caso di specie, che per garantire un pieno e corretto esercizio del diritto alla difesa occorre fornire al professionista “incolpato”, al momento della notifica dell’atto di incolpazione, l’esatta descrizione delle contestazioni a lui mosse, e ciò anche alla luce delle norme contenute nel codice deontologico⁸.

La decisione, che si annota, dalla Suprema Corte ha rilevato, al riguardo, che la norma dettata dall’articolo 45 del regio decreto del 1933 n. 1578, alla luce del dettato del secondo comma del novellato articolo 111 della Costituzione, che stabilisce che ogni processo (e quindi anche tali procedimenti disciplinari) “si svolge nel contraddittorio delle parti, non rende più possibile un’indiscriminata applicazione del principio *Jura novit curia*⁹, imponendo al giudice di non porre a base della propria decisione non solo fatti diversi da quelli che hanno costituito oggetto di dibattito processuale, ma anche soluzioni giuridiche sulle quali le parti non abbiano avuto la possibilità di svolgere le loro difese”. Sul punto, la Cassazione rileva: “si tratta del cosiddetto divieto di emettere decisioni a sorpresa, già noto in altre esperienze giuridiche e che deve considerarsi – a seguito della riforma costituzionale – un naturale corollario del principio del contraddittorio”, ciò anche alla luce della speciale configurazione normativa del procedimento disciplinare degli avvocati “non regolato secondo forme tipizzate, ma dalla clausola generale (o concetto giuridico indeterminato) contenuta nell’articolo 38 del r.d. 27 novembre 1933, n. 1578”.

Invero, alla luce della sentenza n. 2197 del 2005, della Suprema Corte, appare

1 Già in precedenza la Corte di Cassazione aveva affermato analogo principio, prima della modifica dell’articolo 111 della Costituzione, modifica intervenuta con la legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2, con le sentenze numero 1342 (in *Rass. Forense*, 1999, p. 475) e 4630 (in *Giust. Civ.*, Mass., 1998, p. 967) del 1998 e numero 39 del 1999 (in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2718).

2 Il termine “giusto processo”, pur contenuto nella Costituzione, non appare corretto sotto il profilo ontologico ed appare più logico l’utilizzo del concetto di “processo dovuto” che meglio risponde all’esigenza di definire le regole della tutela dovuta agli avvocati nell’ambito del procedimento disciplinare.

3 La natura del procedimento amministrativo da instaurarsi innanzi al Consiglio dell’ordine di appartenenza, integra un procedimento amministrativo prodromico al giudizio disciplinare, da attuarsi innanzi al Consiglio Nazionale Forense dando vita ad uno dei punti più complessi del tema in esame.

4 Vedi, al riguardo: F. GARGANO – F. GRANDE STEVENS, *Manualetto forense*, Padova 1997, p. 55.

5 O, in via alternativa, in base al dettato dell’articolo 38 del regio d. l. n. 1578/33 innanzi all’Ordine nel quale circondario è stato attuato il comportamento illecito.

6 Cfr., sul punto, R. TOMEI, *La nuova disciplina dell’azione amministrativa*, Padova 2005, p. 18, in cui sono state esaminate le modifiche apportate dalle leggi 15 e 80 del 2005 all’impianto originario dettato dalla legge 241 del 1990.

7 Cfr. il dettato del secondo comma dell’articolo 7 che ricorda come “il datore di lavoro non può adottare provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l’addebito e

senza averlo sentito a sua difesa”.

8 Al riguardo, è necessario richiamarsi all’introduzione del testo di R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2004, che a pag. 12 ricorda le ragioni della codificazione, chiarendo che essa “permette la certezza delle norme”.

9 Vedi, sul punto: C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano 1965

evidente che il dettato normativo, contenuto nell'articolo 38, della cosiddetta "legge professionale", in base al quale "gli avvocati che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità ed al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare" dovrà essere integrato dalla normativa del "codice deontologico" che contiene una più particolareggiata analisi dei comportamenti "illeciti" degli avvocati alla luce dei quali è possibile determinare contestazioni idonee a dar vita all'inizio di un procedimento disciplinare. Ciò anche al fine di evitare che in assenza di una specifica elencazione di comportamenti atti ad integrare abusi e/o mancanze dei professionisti vi sia un troppo esteso potere discrezionale dei singoli Ordini con una conseguente illegittima disparità di trattamento, lesiva dello stesso dettato costituzionale sotto il profilo del principio di eguaglianza. Disparità non certo eliminabile dall'intervento del Consiglio nazionale forense, che interviene, a norma della "legge professionale" (art. 50, comma 2), esclusivamente in relazione ai provvedimenti di segno negativo per il professionista, ma non può, in alcun modo, sindacare in merito ai provvedimenti "assolutori" o in relazione a determinazioni di non apertura del procedimento disciplinare¹⁰.

Alla luce di questo primo rilievo è, dunque, possibile affermare che "giusto procedimento disciplinare", nei confronti di un avvocato, deve sempre essere azionato, ad opera del Consiglio dell'Ordine precedente, sulla base del criterio di competenza alternativa fissato dal secondo comma dell'articolo 38 del R. dl. N. 1578 del 1933, facendo contenere nell'atto di citazione, che costituisce il momento iniziale di detto procedimento, l'esatta individuazione, alla luce delle indicazioni dettate dal Codice deontologico, dei capi di incolpazione sui quali il professionista potrà e dovrà esercitare il proprio diritto alla difesa, con la ulteriore, evidente, conseguenza che detti capi di incolpazione non solo non possono essere modificati nel corso del procedimento, ma che è esclusivamente rispetto ad essi che si è consumato il potere disciplinare dell'Ordine, che non può modificare in corso di procedimento le incolpazioni vanificando, in tal modo, il diritto di difesa dell'incolpato¹¹. Inoltre, in merito a detti capi la decisione dovrà esaurientemente motivare nel rispetto del dettato dell'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90), che riconduce alla motivazione il controllo di logicità del provvedimento reso e conseguentemente anche la sua congruità rispetto alle enunciazioni del Codice deontologico, in relazione alle sanzioni afflittive¹² e non afflittive¹³ comminate al professionista.

10 Al riguardo, va ricordato, che è assai raro (per non dire inesistente) il caso pure previsto del secondo comma dell'art. 50 del R. dl. n. 1578 del 1933, come novellato dalla legge n. 254 del 1940, che prevede oltre al ricorso del professionista anche il ricorso del pubblico ministero, nei casi di provvedimenti "assolutori" nei confronti dell'avvocato.

11 Unica possibile eccezione, al riguardo, è costituita dalla determinazione del Consiglio di rinviare gli atti al fine di formulare ex novo un diverso capitolo di incolpazione.

12 Costituiscono sanzioni afflittive quelle che limitano temporaneamente o definitivamente la possibilità di esercizio dell'attività professionale. Appartengono a questa categoria la sospensione per un tempo non inferiore a due mesi e non maggiore di un anno; la cancellazione dall'Albo e la radiazione dall'Albo (art. 40 R.d.l. 1578/33).

13 Sono sanzioni non afflittive, invece, l'avvertimento e la censura in quanto esse non determinano alcuna limitazione dell'esercizio professionale

3. Il sistema delle prove.

La decisione della Suprema Corte ed il suo richiamo al novellato articolo 111 della Costituzione, integrante i dettami del giusto processo, offre valido ed autorevole spunto di riflessione in base al quale rivisitare altri aspetti della normativa dettata per il procedimento disciplinare per gli avvocati, in particolare in relazione all'aspetto delle prove, regolato dal dettato dell'articolo 48 del R.d.l. 1578/33.

Sul punto l'articolo in esame afferma: "per la istruttoria nei procedimenti disciplinari il Consiglio dell'Ordine ha facoltà di sentire testimoni".

Detta norma va, però, - come detto - riesaminata alla luce del dettato del novellato terzo comma dell'articolo 111 della Costituzione che - come è stato, in più circostanze, rilevato dalla dottrina¹⁴ - non può trovare applicazione esclusivamente in relazione al processo penale, ma che deve, di volta in volta, essere preso in considerazione in relazione ad ogni fattispecie di carattere processuale, o anche soltanto procedimentale, che dia origine ad un giudizio o ad un procedimento, in grado di incidere su diritti e, quindi, come ricorda la sentenza in esame della Corte di Cassazione, "è retto dai fondamentali principi regolatori della giurisdizione".

In base alle indicazioni che ci derivano dalla novella della Carta costituzionale, la quale pur non innovando in modo sostanziale rispetto al precedente testo, impone riflessioni specifiche sul diritto alla difesa e sulla parità delle "armi" nel processo, pertanto non appare più possibile assoggettare lo svolgimento dell'istruttoria di un procedimento disciplinare alla sola determinazione discrezionale del Consiglio dell'Ordine ("ha facoltà di sentire testimoni"), Consiglio che nel procedimento stesso costituisce controparte dell'incolpato, ma tale potere deve, per essere conforme al dettato costituzionale, trasformarsi in un dovere: quello di ammettere le prove testimoniali (indipendentemente da un giudizio di ammissibilità e rilevanza, proprio di un ente terzo) ogni qual volta l'incolpato ne faccia espressa richiesta. Tale escussione, del resto, non può limitarsi ad essere esperita in una fase prodromica del procedimento - quella del sub-procedimento che si instaura, ai soli fini conoscitivi, ad opera di un consigliere dell'Ordine, all'uopo delegato, prima dell'apertura (solo eventuale) del procedimento disciplinare, al fine di proporre al Consiglio l'apertura, o no, di detto procedimento - ma deve essere esperita (o esperita nuovamente) nell'ambito del procedimento disciplinare innanzi all'intero Consiglio¹⁵.

Appare, peraltro, evidente che la decisione disciplinare resa dovrà poi efficacemente motivare in merito alla attendibilità delle prove testimoniali rese, sia quelle ammesse d'ufficio dal Consiglio, che quelle richieste dall'incolpato, ciò al fine di garantire, attraverso la motivazione, il controllo relativo alla coerenza della decisione resa.

14 Cfr. L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino 2004, p. 519; P. SANDULLI, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano 2004, p. 54.

15 La composizione del Consiglio deve essere almeno di un numero di membri atti a determinare la sussistenza del "numero legale" per la convocazione dell'organismo (art. 51 R.d.l. n. 1578/33).

Analogamente, dovrà essere garantito al professionista incolpato un pieno ed esauriente esercizio del diritto alla difesa nell'ambito del procedimento disciplinare, che pur essendo di natura amministrativa costituisce pur sempre un'attività prodromica di una eventuale, successiva, fase giurisdizionale, tale da incidere, in modo estremamente rilevante sui diritti soggettivi dell'incolpato.

Pertanto, il professionista incolpato dovrà essere messo in condizione di esercitare, in concreto, il suo diritto alla difesa, sia nell'ambito del sub-procedimento istruttorio, che della fase procedimentale innanzi al Consiglio; conseguentemente dovrà essere onere del Consiglio medesimo quello di verificare il buon esito del procedimento partecipativo, integrante la notificazione dell'avvio del sub-procedimento e dei profili di incolpazione, nonché la sufficienza dei termini per l'esercizio della difesa (art. 45 R. dl. N. 1578/33).

4. La terzietà del giudicante.

Una ulteriore riflessione, scaturita dalla decisione in esame della Suprema Corte, è relativa all'effettiva terzietà ed indipendenza del Consiglio nell'ambito dei procedimenti disciplinari, valutazione da effettuarsi al fine di garantire la piena attuazione del dettato dell'articolo 97 della Costituzione, che detta i principi dell'imparzialità e del buon andamento.

Le perplessità che sorgono, al riguardo, derivano dall'analisi della prassi che i Consigli dell'Ordine degli Avvocati adottano nell' "istruire" i procedimenti disciplinari. All'uopo viene delegato un Consigliere dell'Ordine il quale, dopo avere esperimento un sub-procedimento istruttorio, prodromico all'apertura del procedimento disciplinare vero e proprio, fornisce al Consiglio la sua proposta di apertura (o no) del procedimento, stendendo, in questo caso, i capitoli di incolpazione o, di contro, le ragioni per l'archiviazione della posizione disciplinare.

Appare evidente che nel caso di una proposta di apertura del procedimento disciplinare viene reso una sorta di giudizio previo ad opera del delegato al sub-procedimento istruttorio, per tale ragione egli non può essere considerato "terzo ed imparziale" rispetto al successivo procedimento disciplinare ed appare logico che quel Consigliere non sia poi chiamato a far parte del "Collegio giudicante" in fase disciplinare.

Del resto essendo – come detto - lo stesso "istruttore" il soggetto obbligato a formulare i capitoli di incolpazione contenuti nell'atto di citazione, che dà impulso al procedimento disciplinare, sarebbe logico che egli non sia poi chiamato a partecipare alla fase giudicante, in quanto in detta fase si determina (anche se inconsciamente ed implicitamente) la valutazione dell'operato dell' "istruttore" ed appare opportuno che in tale fase del procedimento il consigliere che ha seguito l'istruttoria resti estraneo alla decisione, anche per non influenzare, con la propria presenza in "camera di consiglio", l'operato dei giudicanti nel procedimento disciplinare.

Tale soluzione consentirebbe, a normativa invariata, una migliore rispondenza ai dettami costituzionali del procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati.

Altre soluzioni quali quella di affidare la decisione dei provvedimenti disciplinari ad un Organismo terzo sedente presso il distretto necessiterebbero una rilevante modifica normativa che, al momento non appare possibile.

Invero, la soluzione prospettata è immediatamente attuabile e consente un tempestivo recupero della terzietà dell'organismo giudicante nel rispetto del nostro impianto costituzionale.

5. Il giudizio innanzi al Consiglio Nazionale Forense.

Alcune riflessioni debbono essere effettuate anche in relazione alla successiva fase giurisdizionale del processo disciplinare, che si attua innanzi al Consiglio Nazionale Forense ed alla ricorribilità della decisione da questo resa innanzi alle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione.

Sotto il profilo teorico della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti tale fattispecie appare pienamente conforme al dettato costituzionale, che prevede la esistenza di almeno un grado di giudizio a cognizione piena e la possibilità che la decisione, così resa, sia suscettibile di ricorso per cassazione (artt. 111, settimo comma, Cost.), ciò che va ulteriormente verificato è se il giudizio che si svolge innanzi al C.N.F. possa realmente definirsi come giudizio a cognizione piena, rispettoso delle prerogative costituzionali per la tutela delle situazioni giuridiche protette, individuate dall'articolo 24 della Costituzione.

Il processo innanzi al Consiglio Nazionale Forense integra indubbiamente una fase giurisdizionale del complesso procedimento disciplinare, fase che fa seguito al momento giustiziale di natura amministrativa posto in essere dai singoli Consigli dell'Ordine, il problema corollario che si pone è costituito dal fatto che tale fase non è stata costruita dal legislatore del 1933 come un autonomo giudizio, bensì come un giudizio di annullamento della decisione resa dal Consiglio dell'Ordine, pertanto il giudizio del C.N.F. non può propriamente definirsi un giudizio a cognizione piena in quanto esso non ha una piena e diretta conoscenza della fattispecie dedotta in giudizio, ma la sua valutazione dei fatti di causa risulta di diretta e totale dipendenza dalla decisione dell'Ordine, che, ad un tempo, è l'autore del provvedimento oggetto della impugnazione ed anche la fonte delle prove alla luce delle quali detta valutazione viene resa.

Assai spesso – come ricordato – il Consiglio dell'Ordine, che ha reso il procedimento disciplinare, impugnato in sede giurisdizionale, utilizza ai fini del decidere esclusivamente elementi di prova idonei a supportare la tesi accusatoria, omettendo di motivare su quelli favorevoli al professionista. In tal modo, il giudizio innanzi al C.N.F. si presenta evidentemente sbilanciato.

Altra anomalia che si riscontra è data dalla posizione che assume il Consiglio dell'Ordine che ha emanato il provvedimento oggetto del gravame nell'ambito di quel giudizio.

Il primo dei due profili rilevanti può ricevere soluzione "desommarizzando" i poteri del C.N.F., sotto l'aspetto probatorio ed assegnando ad esso i più ampi poteri rispetto alle prove, pur nel contesto di un processo di natura dispositiva, promosso e

determinato dalle prospettazioni difensive del professionista, che ha dato vita, attraverso il suo ricorso di impugnazione del provvedimento reso dal Consiglio dell'Ordine, al giudizio.

Il secondo aspetto appare di più difficile soluzione.

Per tentare di individuarne una occorre procedere all'analisi concreta delle varie fasi di questo giudizio prendendo le mosse dal momento della pronuncia, da parte del Consiglio dell'Ordine, della decisione disciplinare resa.

Invero, l'impugnazione si propone mediante ricorso al C.N.F., ricorso che deve essere depositato presso il Consiglio dell'Ordine che ha reso il provvedimento disciplinare nei venti giorni dalla notificazione del medesimo. Anche il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello, in cui opera il Consiglio, è legittimato ad impugnare, anche attraverso un eventuale ricorso incidentale il provvedimento disciplinare (art. 50).

In tale giudizio è parte necessaria anche il Consiglio dell'Ordine che ha reso la decisione impugnata. Se la presenza in qualità di parte si giustifica in base alla natura amministrativa del procedimento disciplinare adottato dall'Ordine, essa però dà vita ad uno sbilanciamento del giudizio innanzi al C.N.F. che per essere emanazione "politica" dei singoli Consigli può risultare influenzato nella sua decisione dal ruolo assunto in giudizio dal Consiglio dell'Ordine, con la conseguenza che all'"incolpato" non è offerto un giudizio retto dal carisma costituzionale della terzietà del giudicante.

Alla luce dell'impianto costituzionale sarebbe auspicabile una nuova stesura della norma, invero assai scarna, contenuta, oltre che nel più volte ricordato R. d.l. numero 1578 del 1933 ed anche nel R.D. del 22 gennaio 1934, n. 37 (artt. 42 – 68), al fine di rendere più conforme ai dettami del "giusto processo" la fase giurisdizionale del procedimento disciplinare, rendendo maggiormente neutrali le attività del C.N.F. e limitando la possibilità di incidere, in quel giudizio, da parte dell'Ordine che ha emesso il provvedimento impugnato, che - come ricordano le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza in esame - "è retto dai fondamentali principi regolatori della giurisdizione".

In attesa di una nuova scrittura, maggiormente aderente ai principi della Carta costituzionale, dell'intero "procedimento – processo" disciplinare è auspicabile, per evidenti ragioni a tutela della terzietà dell'Organismo, che nella composizione del collegio del C.N.F., chiamato a decidere, non venga inserito il componente designato dal distretto in cui ha sede il Consiglio dell'Ordine, che ha reso il provvedimento impugnato.

6. Natura del giudizio davanti alle Sezioni Unite della Cassazione.

Avvero le decisioni rese dal C.N.F. è ammesso a norma dell'art. 56, terzo comma, del R. d.l. numero 1578 del 1933 il ricorso per cassazione, ricorso che può essere proposto "dagli interessati e dal pubblico ministero" entro 30 giorni dalla

notificazione dello stesso (notificazione che deve essere fatta presso il domicilio eletto in virtù di quanto disposto dal dettato del terzo comma dell'articolo 60, del R.d. numero 97 del 1934).

Al riguardo è necessario segnalare che il ricorso alle Sezioni Unite della Suprema Corte deve avere ad oggetto non le ipotesi tipizzate dall'articolo 360 del codice di rito civile, bensì, come ricorda il già richiamato articolo 56 del regio decreto del 1933, n. 1578, le ipotesi di "incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge", quelle cioè che sono alla base del giudizio di annullamento dell'atto amministrativo¹⁶, più idonee ad un giudizio chiamato a decidere di interessi legittimi, che non a giudicare in merito a diritti soggettivi.

Ai fini della nostra analisi occorre verificare se una siffatta restrizione dell'ambito del giudizio di cassazione sia compatibile con l'impianto costituzionale ed in particolare se essa sia in linea con il dettato del settimo comma dell'articolo 111 della Costituzione.

Non appare legittima una restrizione dell'ambito del giudizio ai soli vizi dell'atto amministrativo; ciò in quanto – come ricordato in precedenza – non ci si trova in presenza di un giudizio di annullamento di un atto, bensì la tutela offerta dal giudizio innanzi alla Cassazione ha ad oggetto diritti soggettivi di rilevato momento trattandosi del diritto al lavoro del professionista incolpato, pertanto essa non può incontrare limitazioni rispetto alla più ampia tipologia del giudizio innanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

Sarà, pertanto, necessario che il ricorso per cassazione sia basato sulle indicazioni contenute nell'ambito dei motivi dell'articolo 360 c.p.c. e non si limiti, al giudizio che scaturisce dai dettami di un mero giudizio di annullamento.

Del resto una corretta lettura dell'articolo 111 della Costituzione, sia nel testo del secondo comma originariamente dettato, che in quello dell'attuale settimo comma suggerisce la necessità di un giudizio di cassazione basato su tutti i motivi di doglianza previsti e tipizzati dal codice di rito civile.

Tale considerazione, evidentemente, trova la sua applicazione anche per ciò che concerne la emanazione del principio di diritto che la Suprema Corte deve porre in essere rinviando al C.N.F. la decisione cassata; in particolare detti rilievi assumono valore in presenza della delega data all'esecutivo dalla legge del 14 maggio 2005, n. 80¹⁷ di riformare il giudizio di cassazione.

7. Conclusioni.

Da questo, sia pur sommario esame, emerge che il "procedimento – processo" disciplinare nei confronti degli avvocati andrebbe certamente rivisitato normativamente e nella sua prassi attuativa al fine di renderlo conforme ai dettami costituzionali relativi alla tutela dei diritti.

¹⁶ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, vol. I, p. 699.

¹⁷ In Gazzetta Ufficiale del 14 maggio 2005, n. 111.

Invero, attualmente in esso si riscontra la preoccupante compresenza di norme in sé non amalgamate, dettate per il vecchio processo penale di natura inquisitoria¹⁸, di regole proprie del processo civile avente carattere dispositivo¹⁹ e di riferimenti al giudizio amministrativo di annullamento²⁰, circostanze queste tutte difficilmente compatibilizzabili tra loro e certamente, nel loro complesso, non in linea con i dettami del “giusto processo” cui la Suprema Corte fa riferimento nella sentenza numero 2197 del 4 febbraio 2005.

Avv. Prof. Piero SANDULLI

18 L'articolo 48 del R.d.I. n. 1578 del 1933 nel dettare le norme da seguire in fase istruttoria da parte del Consiglio dell'Ordine richiama quelle del codice di procedura penale all'epoca vigenti, certamente improntate ad un processo inquisitorio che mal si concilia con il procedimento in cui esse sono chiamate.

19 L'articolo 49 dello stesso decreto nel determinare la valutazione delle ipotesi di estensione dei membri del Collegio dell'Ordine richiama, invece, il codice di rito civile. Allo stesso codice si ispira nel regolare il giudizio innanzi al C.N.F.

20 Cfr. l'articolo 56 del R.d.I. n. 1578 del 1933.