

L'art. 115 c.p.c. nel sistema della prova del diritto civile: il principio di non contestazione e i fatti notori nell'era di internet.

Torino 16 maggio 2018

* * * * *

I – Ritengo indispensabile una premessa di tipo sistematico, perché ho la sensazione che la questione non sia ben percepita.

1) L'art. 12 della nostra vecchia legge professionale (R.D.L.1578/1933) disponeva che “Gli avvocati [ed i procuratori] debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia”.

Questo era il principio previsto dalla Legge, che portò ad affermare che la deontologia è questione di rispetto di tutte le norme etiche e sociali che disciplinano l'esercizio della nostra professione e, fondamentale, quella del doppio dovere di fedeltà nei confronti del Cliente e dell'Ordinamento.

La vecchia legge professionale dedicava poi solo due articoli alla deontologia e cioè:

- l'art. 38 prevedeva che “... gli avvocati [ed i procuratori] che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare”.

- l'art. 40 indicava poi le pene.

In quella situazione, la Cassazione aveva affermato che l'individuazione dei canoni di deontologia e la loro applicazione nel procedimento disciplinare si svolgeva all'interno della categoria e al di fuori dell'attività normativa e, conseguentemente, che le decisioni del CNF non erano ricorribili in Cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.

2) Il 17 aprile 1997 veniva approvato il primo codice deontologico forense, che enunciava i principi generali circa il comportamento da tenere e quindi indicava le condotte ritenute lesive di detti principi.

L'art. 60 del Codice deontologico, sotto il titolo di “*Norma di chiusura*”, era del seguente tenore: “*Le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi*”.

E dopo un periodo di assestamento, la Cassazione sancì il principio secondo il quale “*le norme del codice disciplinare forense costituiscono **fonti normative integrative di precetto legislativo**, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla corte di legittimità*” (Cass. Civ. n. 26810 del 20.12.2007).

Donde la possibilità di ricorso in cassazione per violazione di legge ex art. 360 n. 3 c.p.c.

3) L'art. 3 della nuova legge professionale n. 247/2012, ha ora stabilito che “1. *L'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale. ... 2. La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza*” ed ha quindi precisato che il codice deontologico emanato dal CNF “*stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del **principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile***”.

Con la nuova legge è stata quindi dichiarata in modo formale la natura di fonti normative integrative di precetto legislativo delle norme del codice deontologico.

E con la nuova legge – come anche evidenziato nella relazione al nuovo codice deontologico - l'asse della prescrizione deontologica si è spostato “*in prossimità della sfera della sanzione penale, cui il principio di legalità è connaturato*”.

Peraltro resta fermo che **in materia non si applica il principio di stretta tipicità dell'illecito.**

Cass. Civ. S.U. 30993 del 27.12.2017 ha confermato che il principio di stretta tipicità dell'illecito “*non trova applicazione nella materia disciplinare forense, laddove, più che una tassativa elencazione di comportamenti vietati, vi è l'enunciazione dei doveri fondamentali ... ai quali l'avvocato deve improntare la propria attività ... Ne deriva che - attraverso il sintagma “per quanto possibile” della L. n. 247 del 2012, art. 3, comma 3 - è possibile perseguire l'illecito sulla base della norma di chiusura, secondo cui “la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza” (comma 2). Mentre la risposta punitiva prevista dal nuovo codice deontologico (artt. 20 e seg.) consente di rapportare la sanzione alle condizioni soggettive dell'incolpato e alle circostanze oggettive dei fatti (Cass., Sez. U., 11/07/2017, n. 17115)*”.

E Cass. Civ. S. U. 8038 del 30.3.2018, a fronte dell'assunto secondo la quale non sarebbe consentito affermare la responsabilità disciplinare se non per violazione di specifici doveri “tipizzati” nel codice deontologico, ha ribadito:

- che “*anche in tema di illeciti disciplinari, stante la stretta affinità delle situazioni, deve valere il principio - più volte affermato in tema di norme penali incriminatrici “a forma libera” - per il quale la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione sono validamente affidate a concetti diffusi e generalmente*

compresi dalla collettività in cui il giudice (nella specie, quello disciplinare) opera”.

- che *“il principio di stretta tipicità dell’illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense”*: il tutto precisando che *“anche il tentativo di compiere un atto professionalmente scorretto costituisce condotta lesiva dell’immagine dell’avvocato ed assume rilievo ai fini disciplinari”*.

Tirando le fila, la deontologia sta a monte del codice deontologico, che, da solo, non esaurisce la deontologia stessa: in un singolo caso si potrebbero ritenere rispettate tutte le norme del codice, ma si potrebbe comunque ritenere configurato un comportamento illecito sotto il profilo disciplinare; nel Codice Deontologico successivo alla riforma non è più inserita la c.d. “Norma di chiusura”, ma la Cassazione ci insegna che si tratta di principio connesso alla deontologia.

II – Nel giudizio civile l’avvocato è certamente tenuto al rispetto delle norme della deontologia, ma anche e segnatamente al rispetto dell’art. 88 c.p.c., norma che in tempi relativamente recenti è stata valorizzata dalla giurisprudenza.

L’art. 88 c.p.c., sotto il titolo *“Dovere di lealtà e di probità”*, dispone che *“Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”*.

Come si vede, il dovere di lealtà e probità grava in uguale modo sulle parti e sul difensore, mentre, in caso di possibile violazione da parte dell’avvocato, il giudice è tenuto a riferire all’organo disciplinare.

Cass. Civ. 2.3.2012, n. 3338 ha poi chiarito, con riferimento appunto all’art. 88 c.p.c., che l’avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di una istanza chiara e processualmente ben definita, ha l’obbligo *“non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera altrettanto comprensibile e, soprattutto, di attenersi ad una logica di tipo binario, che non ammette formule*

di dubbia lettura nè ipotesi terze tra l'affermazione e la negazione, la condivisione e il rifiuto”.

Nel caso di specie, a fronte dell'utilizzo della formula “*mi rimetto alla decisione del giudice*”, la Cassazione ha ritenuto che “*Tale rispettosa espressione d'uso curiale deve intendersi equivalente, nel contesto in esame, ad una dichiarazione di adesione all'istanza, non solo perchè mostra una sostanziale non avversità ad essa, ma anche perchè il difensore avrebbe potuto rimettersi alla valutazione del giudice solo in presenza delle condizioni affinché questi si pronunciasse, condizioni tra cui, appunto, vi è la concorde istanza delle parti*”.

In questo caso non erano venuti in evidenza questioni di natura deontologica, ma è chiaro che l'avvocato non può cercare vie di fuga ed è tenuto a confrontarsi sulle singole questioni chiaramente proposte da controparte, perché in difetto l'istanza avversaria sarà valutabile come non specificamente contestata; in sostanza, presa di posizione specifica sia sui fatti dedotti, sia sulle istanze chiare e processualmente ben definite.

In una questione disciplinare, nella quale si addebitava all'avvocato di avere promosso contro il proprio ex cliente una pluralità di azioni giudiziarie per recuperare i crediti per compensi professionali, così aggravando la posizione del debitore, senza che ciò corrispondesse ad effettive ragioni di tutela, Cass. Civ. S.U. n. 14374 del 2012, nel confermare la decisione del CNF, ha affermato che “***i principi di buona fede oggettiva e di correttezza, per la loro ormai acquisita costituzionalizzazione in rapporto all'inderogabile dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., costituiscono un autonomo dovere giuridico ed una clausola generale, che non attiene soltanto al rapporto obbligatorio e contrattuale, ma che si pone come limite all'agire processuale nei suoi diversi profili; e che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale, volto anche alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio*** (v. anche S.U. 23.12.2009, n. 27214; Cass.

22.12.2011, n. 28286). *Principio, questo, ripreso anche dall'art. 88 c.p.c., per il quale le parti e i loro difensori devono comportarsi in giudizio con lealtà e probità; applicabile, quindi, anche con riferimento ai doveri deontologici*".

Come vedete, obbligo di buona fede ed oggettiva correttezza che grava sulle parti e sugli avvocati.

III – Esamino con voi due recenti decisioni del CNF.

Sentenza n. 247/2017.

L'addebito era riferito all'aver l'avvocato richiesto ad un debitore esecutato di pagare, al di là del dovuto, un compenso specifico per rinunciare ad una procedura di pignoramento presso terzi.

Il CNF ha qui ribadito:

- che per il giudizio di colpevolezza non si richiede un comportamento qualificabile come doloso e che è sufficiente la volontarietà del comportamento dell'incolpato e, quindi, la *suitas* della condotta intesa come volontà consapevole dell'atto che si compie, essendo rilevante solo che lo stesso sia volontario e non necessitato.

- che il dovere di lealtà e correttezza nell'esercizio della professione è "*un canone generale dell'agire di ogni Avvocato, che mira a tutelare l'affidamento che la collettività ripone nell'Avvocato stesso quale professionista leale e corretto in ogni ambito della propria attività*", conclusivamente condividendo la decisione del COA, che si è uniformato al principio generale secondo il quale l'Avvocato deve svolgere la propria attività con lealtà e correttezza non solo nei confronti della parte assistita, ma anche verso i terzi in genere e verso la controparte.

Sentenza n. 252/2017.

A fronte di una richiesta di pagamento di spese legali da parte di un avvocato, il difensore del convenuto aveva accusato il collega di negligenza per non avere informato il proprio assistito di una richiesta di archiviazione e di non averla impugnata.

A seguito dell'esposto presentato dall'avvocato così accusato, il C.O.A. accertava però che nel fascicolo penale non vi era traccia della richiesta di archiviazione del P.M. e quindi dichiarava la responsabilità dell'incolpato.

A seguito del ricorso, il CNF ha precisato che l'avvocato *“non è autorizzato ad ipotizzare che si sia realizzata una determinata fattispecie processuale od un fatto storico: ma è obbligato ad accertarlo, se possibile, ed a maggior ragione è tenuto a farlo quando ne voglia far derivare affermazioni in atti difensivi idonee a coinvolgere le controparti o i terzi. Ciò nell'interesse del cliente ed in ottemperanza degli oneri probatori”*.

L'incolpato *“aveva quindi affermato circostanze che sapeva (o doveva sapere) essere non vere al solo fine di supportare la tesi difensiva volta ad eludere la richiesta di pagamento”*.

Come vedete, questi due casi confermano:

- che i COA (ora i CDD) possono individuare come non conformi alla deontologia comportamenti diversi da quelli indicati in modo specifico dal Codice deontologico;
- che ciò che conta ai fini disciplinari è che la condotta dell'avvocato sia volontaria, senza necessità dello specifico elemento psicologico del dolo.

IV – La violazione dei principi di cui all'art. 88 c.p.c. costituisce autonoma ragione di rimborso delle spese, anche non ripetibili.

L'art. 92 I comma c.p.c., prevede infatti che *“Il giudice, nel pronunciare la condanna ... può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte”*.

Diverso appare l'ambito di applicazione dell'art. 96 c.p.c., che si riferisce all'aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, ma certo gli aspetti si possono intersecare.

Segnalo due casi nei quali la dichiarata violazione del dovere di lealtà e probità ha trovato una sorta di sanzione all'interno del giudizio.

a) Cass. Civ. 22.12.2014 Sezione Lavoro n. 27231 ha così pronunciato: *“nell’ipotesi in cui nel corso d’un giudizio civile sia formulata istanza di esibizione documentale ex art. 210 cod. proc. civ., la parte nei cui confronti tale istanza è formulata è obbligata a conservare la documentazione che ne è oggetto fin quando il giudice non abbia definitivamente e negativamente provveduto sulla stessa”*: il tutto precisando che fondamento dell’obbligo è proprio *“il dovere di lealtà e probità processuale (art. 88 cod. proc. civ.)*. ***Ed invero, questa norma, anche se non può sopprimere la naturale contrapposizione d’una parte all’altra nello svolgimento del processo ed imporre attiva collaborazione con la controparte e con il giudice, esige tuttavia un atteggiamento di correttezza coerente con la posizione di colui che è oggettivamente sottoposto ad una funzione (del decidente), che non può con positivi ostacoli negare”*.**

La Cassazione ha quindi ritenuto che la distruzione dei documenti *“avvenuta successivamente alla presentazione della istanza di esibizione e durante il tempo di attesa della decisione su di essa, legittimamente è stata considerata come argomento di prova ex art. 116 c.p.c. dalla Corte di merito”*.

Come vedete, la riconosciuta violazione del dovere di lealtà e probità ha inciso sulla valutazione delle prove ai sensi dell’art. 116 c.p.c.

b) Cass. Civ. 26.7.2012 n. 13282, riformando la decisione del Giudice di merito ha deciso che : *“Non v’è dubbio ... che la domanda proposta dal curatore, in un separato giudizio, per sentir accertare l’inadempimento del creditore alle pattuizioni contrattuali trasfuse nella scrittura da questi azionata nel procedimento di verifica, implichi il riconoscimento dell’anteriorità di dette pattuizioni rispetto al fallimento. Tale riconoscimento è, all’evidenza, incompatibile con l’eccezione di cui all’art. 2704 c.c., della quale il curatore non può, dunque, continuare ad avvalersi nel giudizio di opposizione allo stato passivo trincerandosi dietro la sua qualità di terzo nel procedimento di verifica: non può infatti ritenersi consentito alla parte, anche alla luce dei doveri di lealtà e di probità che le incombono ai sensi dell’art. 88 c.p.c., di scindere, a*

seconda della convenienza, la propria posizione processuale, affermando, da un lato, l'esistenza di un fatto storico (la stipulazione del contratto in data anteriore al fallimento) e negando, dall'altro, che vi sia prova di tale fatto, onde conseguire i soli effetti positivi della disciplina negoziale invocata ed evitare di subirne anche gli eventuali effetti negativi".

Qui la diversa posizione tenuta in altro processo - circostanza rilevante ai sensi dell'art. 88 c.p.c. - ha portato a dichiarare acquisita una prova evidentemente non altrimenti fornita.

In un caso non dissimile, nel quale il Giudice del merito aveva ravvisato *"la malafede della parte soccombente nella contrapposizione evidente e deliberata tra le deduzioni difensive espresse nel presente giudizio e le difese espresse nel precedente giudizio cautelare, di cui la parte attrice ha allegato il ricorso introduttivo, avendo nel presente giudizio negato l'esistenza di un valido contratto di locazione e nel procedimento cautelare allegato la validità del medesimo"*, era conseguita la condanna della parte per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Ebbene, Cass. Civ. 19285/2016 non solo ha respinto il ricorso qualificando il comportamento difensivo come quello di *"un Giano bifronte"*, ma ha pure condannato il ricorrente a pagare a controparte l'ulteriore somma di euro 20.000 ex art. 96 c.p.c., comma 3 in relazione al giudizio di Cassazione, *"considerata la natura di eclatante eppur insistente infondatezza che connota il ricorso, e tenuto conto altresì dell'evidente scopo defatigatorio"*.

V - Se la condotta dell'avvocato che viola le regole deontologiche dà così origine ad un danno si può configurare l'ipotesi di responsabilità per fatto illecito ex art. 2043 cod. civ.

Sull'avvocato incombe infatti l'obbligo generale di non cagionare pregiudizi arbitrari alle controparti o ai terzi in genere, non giustificati cioè dall'esercizio legittimo e corretto della funzione difensiva.

Per esempio, con la sentenza n. 252/2017 della quale vi ho parlato poco fa (il caso dell'accusa ad un avvocato di non avere informato il proprio assistito di una richiesta di archiviazione da parte del P.M.) il CNF ha ridotto la sanzione a carico dell'incolpato, proprio dando atto che lo stesso aveva nelle more risarcito il danno subito dall'avvocato ingiustamente accusato.

VI – Concludo evidenziando che il rispetto rigoroso dei principi deontologici costituisce ed esprime una parte stessa della professionalità dell'avvocato e che tale rispetto deve costantemente apparire anche agli occhi dei terzi.

I principi etici richiedono in particolare che la professione forense sia autonoma e libera.

Ho prima ricordato l'art. 3 della legge 247/2017 (*“L'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale”*).

Anche il codice deontologico degli avvocati Europei ha sancito il principio dell'indipendenza, qualificandolo come assoluto (l'avvocato deve essere libero da qualsiasi pressione e, in particolare, da quella derivante da interessi propri o da pressioni esterne) ed uguale principio è stato recepito dalla c.d. “Carta di Torino sull'esercizio della professione di avvocato nel 21° secolo” approvata nel 2002 dall'UIA – Unione Internazionale degli avvocati.

Infine, ricordo la formula attuale del giuramento: *“Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento”*.

Come vedete, non ci siamo spostati rispetto al principio enunciato dalla vecchia Legge professionale del 1933: **doppio dovere di fedeltà nei confronti del Cliente e dell'Ordinamento.**

Buon lavoro

Michele Carpano