Cassazione civile sez. Unite - 16/07/2021, n. 20384. Pres. Cassano. Est. Stalla.

FATTI RILEVANTI E RAGIONI DELLA DECISIONE

p. 1.1 L'avv. I.V. del Foro di Campobasso deduce, con ricorso notificato il 12.1.2021, tredici motivi di cassazione della sentenza n. 243 del 4.12.2020, notificatagli il 14.12.2020, con la quale il Consiglio Nazionale Forense, in parziale riforma delle due sentenze (nn. 9/17 e 14/17) emesse dal Consiglio Distrettuale di Disciplina di Campobasso all'esito di due distinti procedimenti disciplinari poi riuniti, ha unitariamente rideterminato nella censura le sanzioni già a lui applicate dalle suddette sentenze: rispettivamente della censura (sent. n. 9/17) e della sospensione dalla professione per mesi tre (sent. n. 14/17).

Nel primo procedimento (sent. n. 9/17) l'avv. I. rispondeva dei seguenti addebiti:

1. per essersi reso colpevole della violazione dell'art. 19 del nuovo Codice Deontologico (art. 22 prev. Codice) in quanto nel corso di un incontro presso il suo studio con tale signor S.L., nel richiedere a costui il pagamento delle competenze legali afferenti una controversia di lavoro patrocinata unitamente all'avvocato D.R., suo collaboratore di studio, che aveva avuto in consegna le somme avute in pagamento delle competenze legali stesse, lasciava intendere che il medesimo avvocato D.R. avesse trattenuto per sé quanto versato dal signor Sc. in luogo di versarle allo studio I., come invece era stato fatto, non serbando quindi, nei confronti del collega D.R. un comportamento

ispirato a correttezza e lealtà. In Termoli in epoca prossima al 1 giugno 2012;

2. per essersi reso colpevole della violazione dell'art. 42, comma 1, del nuovo Codice Deontologico (art. 29 n. 1 previg. Codice) in quanto, nelle circostanze di cui al capo 1, apostrofava il collega D.R. con il termine "capra" ritenendo non corretto il comportamento dello stesso nella gestione della pratica, denigrando così l'attività professionale posta in essere dall'avvocato "Del Re". in (OMISSIS) in epoca prossima al (OMISSIS).

Nel secondo procedimento (sent. n. 14/17) l'avvocato I. rispondeva dei seguenti addebiti:

1. per essersi reso colpevole della violazione dell'art. 19 e art. 42, comma 1 del nuovo Codice Deontologico (art. 22 e art. 29, n. 1 prev. Codice) in quanto, nel corso di un colloquio presso il suo studio con tale signor M.A., esprimeva apprezzamenti denigratori nei confronti dell'avvocato D.R.N., suo ex collaboratore di studio, usando espressioni del tipo "ho avuto la disavventura.. di un collaboratore che ha pensato di cercare di fare l'avvocato a spese mie"... "è una vergogna, mi vergogno"... checché ne voglia dire il testa di cazzo comune".. "le bestie hanno pensato bene di portarsi tutto e di formattare ed azzerare tutti i dati del computer".. "perché non ha fatto niente? Perché non è in grado?" "Questi due signori (avv. D.R. e Di.Ri.) che non sono mai andati lontani, né professionalmente né personalmente. Ok?... ma questo che è andato via da qui, anzi che ho buttato fuori dallo studio, lo conosco molto bene. Non è in grado di esercitare, ok? Se non nei limiti dei decreti ingiuntivi per sentenze che

Io mi sono procurato, le cazzate che si possono fare. Quando si tratta di fare il mestiere vero... avrebbe dovuto dimostrare le palle che non ha, avrebbe dovuto fare un atto particolare, che non è stato in grado di fare".. con uno che gli ho dovuto insegnare l'a b c della professione, rivolgendosi a tale F. "... lui era dipendente della Sevel e D.R.N. lo ha fatto licenziare", venendo meno così al dovere di mantenere nei confronti di un collega un comportamento ispirato a correttezza e lealtà. In (OMISSIS).

2. per essersi reso colpevole della violazione dell'art. 37, comma 1, 3, 5 del nuovo Codice Deontologico (art. 19, comma 1 e nn. II e VI del prev. Codice) in quanto, nelle circostanze di cui al capo, induceva lo stesso M. a farsi restituire l'incartamento delle vertenze patrocinate dall'avvocato D.R. offrendo alla sua, ed offrendo allo stesso M. un rapporto di lavoro con un suo conoscente, tentando così di acquisire rapporti di clientela in modo non conforme a correttezza e decoro. In (OMISSIS).

p. 1.2 Come meglio si dirà esaminando le singole censure, nella sentenza qui impugnata il Consiglio Nazionale Forense ha ritenuto alcuni motivi di ricorso inammissibili ed altri infondati. Ha invece parzialmente accolto i motivi di impugnazione relativi alle sanzioni rispettivamente comminate dalle suddette decisioni di primo grado, assumendo congruo un trattamento sanzionatorio unitario mediante censura.

Il Procuratore Generale ha chiesto il rigetto del ricorso, rilevando:

- l'infondatezza dei motivi aventi ad oggetto asserite violazioni di ordine processuale ed istruttorio nell'ammissione delle prove

testimoniali e documentali (tale dovendosi considerare anche la registrazione su CD della conversazione con la parte);
- l'inammissibilità, e comunque di nuovo l'infondatezza, di quelle censure invece riguardanti la valutazione della prova, ovvero la natura ed adeguatezza della sanzione inflitta;
l'infondatezza anche dei motivi con i quali il ricorrente ha inteso far valere l'intervenuta prescrizione dell'illecito e la nullità della sentenza per mancato rinvio dell'udienza di comparizione pur in presenza di impedimento assoluto.
Fissato all'udienza pubblica dell'8 giugno 2021, il ricorso è stato trattato in Camera di consiglio, in base alla disciplina dettata dal sopravvenuto del D.L. n. 137 del 2020, art. 23, comma 8-bis, inserito dalla Legge di Conversione n. 176 del 2020, senza l'intervento in presenza fisica del Procuratore Generale e dei difensori delle parti, non avendo nessuno degli interessati fatto richiesta di discussione orale.
p. 2.1 Con il primo ed il secondo motivo di ricorso l'avv. I. lamenta - ex art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 - violazione e falsa applicazione della L. Professionale n. 247 del 2012, art. 56, comma 3, nonché omesso esame e carenza assoluta di motivazione su un fatto decisivo. Per non avere il Consiglio Nazionale Forense rilevato l'avvenuta prescrizione dell'azione disciplinare (eccezione dedotta a verbale dell'udienza di discussione) per inutile decorso del termine massimo di sette anni e sei mesi dalla consumazione dei fatti contestati (aprile 2012), termine qui applicabile perché la notifica del capo di incolpazione era avvenuta (29 giugno 2016) successivamente

all'entrata in vigore della suddetta - sul punto più favorevole - legge professionale.

p. 2.2 I due motivi di ricorso, suscettibili di trattazione unitaria per la sostanziale identità della questione posta, sono infondati.

La circostanza che il Consiglio Nazionale Forense nulla abbia in effetti pronunciato in ordine alla pur eccepita prescrizione dell'azione disciplinare non determina, di per sé, l'invalidazione della sentenza impugnata; si tratta infatti di eccezione rilevabile anche in sede di legittimità (Cass. SSUU n. 28159/08) e, comunque, di omissione alla quale può e deve rimediarsi in quest'ultima sede processuale mediante l'applicazione - ad una fattispecie dagli estremi temporali pacifici - di un ormai consolidato orientamento di diritto.

Si tratta dell'indirizzo interpretativo secondo cui la disciplina risultante dalla L. n. 247 del 2012, art. 56, oggi vigente, comportante in sostanza un termine massimo di sette anni e sei mesi oltre il quale l'azione disciplinare si prescrive, non opera retroattivamente, cioè con riguardo ad illeciti disciplinari realizzati prima della sua entrata in vigore.

Questa conclusione (che ha comportato il definitivo superamento di una diversa posizione inizialmente espressa da Cass. SSUU n. 21829/15) si basa sui seguenti fondamentali argomenti:

- il principio di retroattività della lex mitior non riguarda il termine di prescrizione, ma solo la fattispecie incriminatrice e la pena (tra le altre, Cass. SSUU n. 14905/15, n. 9558/18, n. 5596/20 e 14233/20 cit.);

nello stabilire che "le norme contenute nel codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato", la L. n. 247 del 2012, art. 65, u.c., esclude che possa darsi applicazione retroattiva più favorevole al regime della prescrizione, previsto per legge ed avente ad oggetto illeciti di natura amministrativa;

- il momento di riferimento per l'individuazione del regime della prescrizione dell'azione disciplinare da applicare, dunque, rimane (nel caso, qui ricorrente, di illecito punibile solo in sede disciplinare) quello della commissione del fatto, e non quello della incolpazione (da ultimo, Cass. SSUU n. 1609/20, n. 23746/20, n. 12902/21).

Non vi è ragione per discostarsi da questo orientamento (né i motivi di ricorso contengono utili confutazioni in tal senso), il che induce a ravvisare la piena legittimità della pronuncia impugnata che disattendendo, seppure in via implicita, la relativa eccezione, si è senz'altro pronunciata nel merito della contestazione.

Va infatti considerato che gli illeciti in questione, consumati nel 2012, ricadevano appunto sotto il regime estintivo di cui al R.D. n. 1578 del 1933, art. 51, non già di quello, seppure più favorevole, della L. n. 247 del 2012 cit., art. 56 (invece vigente al momento dell'incolpazione, avvenuta nel 2016), sicché il termine prescrizionale così correttamente individuato (di cinque anni, e soggetto a varie cause di interruzione qui ricorrenti) non era spirato.

p. 3.1 Con il terzo ed il quarto motivo di ricorso si lamenta - ex art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 - violazione della L. n. 247 del 2012, art. 54, nonché omesso esame e carenza assoluta di motivazione su

un fatto decisivo. Per non avere il Consiglio Nazionale Forense accolto il motivo di impugnazione concernente la mancata sospensione del presente procedimento disciplinare fin visto l'esito del procedimento penale connesso, scaturito dalla querela che l'avvocato I. aveva presentato, per calunnia e diffamazione, a carico del teste Sc.. Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio Nazionale Forense, la sospensione in questione doveva ritenersi "indispensabile" ex art. 54 cit. in ragione sia della identità dei fatti di rilevanza penale e disciplinare, sia della necessità di verificare in sede penale perché lo Sc. avesse riferito dell'epiteto a carico dell'avvocato D.R. solo in un secondo momento, per giunta sottraendosi al confronto in contraddittorio avanti al giudice di primo grado.

p. 3.2 I due motivi di ricorso, anche questi suscettibili di trattazione unitaria per la sostanziale identità della questione posta, sono infondati.

Sul punto la sentenza impugnata ha osservato che il procedimento disciplinare può essere sospeso, in pendenza di procedimento penale connesso, solo se ciò sia ritenuto indispensabile, dovendosi altrimenti operare nel senso della totale autonomia e della diversa finalizzazione dei due procedimenti.

Questa affermazione deve ritenersi corretta in diritto, posto che la vigente disciplina di cui alla L. n. 247 del 2012, art. 54 (norma, questa, di natura processuale e qui applicabile in quanto già vigente al momento dell'incolpazione e dell'instaurazione del relativo procedimento) ha fortemente attenuato il regime della pregiudizialità penale, prevedendo espressamente, nel primo e nel comma 2, che il

procedimento disciplinare "si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale relativo agli stessi fatti" e, inoltre, che la sospensione del primo può essere disposta solo se il giudice disciplinare ritenga "indispensabile acquisire atti e notizie appartenenti al processo penale". Il regime di autonomia e separatezza trova poi ulteriore conferma nell'istituto della riapertura del procedimento disciplinare per il sopravvenire di determinate sentenze penali in conflitto con la decisione disciplinare, L. n. 247 del 2012, ex art. 55.

È dunque evidente come il legislatore abbia posto la sospensione (art. 54, comma 2) in un ambito di operatività limitato ed eccezionale (anche cronologicamente contingentato), perché derogatorio della regola generale di autonomia della valutazione disciplinare rispetto a quella propria del giudizio penale (comma 1"). Il che spiega perché il ricorso a tale istituto sia dalla legge subordinato ad un rigoroso vaglio di "indispensabilità" (dell'acquisizione di atti e notizie rinvenienti dal processo penale) affidato alla discrezionalità del giudice del merito disciplinare.

Si è in tal senso recentemente ribadito (Cass. SSUU n. 7336/21) che: "in tema di procedimento disciplinare nei confronti di avvocati, la L. n. 247 del 2012, art. 54 (applicabile dal 1 gennaio 2015) disciplina in termini di reciproca autonomia i rapporti tra tale procedimento e quello penale avente ad oggetto gli stessi fatti, dovendo pertanto escludersi la sospensione necessaria del primo giudizio in attesa della definizione del secondo, anche se, in via di eccezione, può essere disposta una sospensione facoltativa, limitata nel tempo, qualora il

giudice disciplinare ritenga indispensabile acquisire elementi di prova apprendibili esclusivamente dal processo penale".

Orbene, nel caso di specie il giudice del merito (sent. pag. 4) non ha ravvisato questo presupposto imprescindibile di indispensabilità, e tale valutazione - conseguente ad una determinata considerazione del quadro istruttorio e ad una determinata ricostruzione del fatto, chiaramente evincibili dal contesto complessivo della motivazione e dalla compiuta illustrazione delle fonti del convincimento di colpevolezza - ha natura discrezionale, non sindacabile in sede di legittimità.

Da questo punto di vista i due motivi in esame risultano anzi finanche inammissibili nella parte in cui intendono sollecitare questa Corte ad una diversa delibazione del quadro istruttorio e delle ragioni che - essenzialmente attraverso una diversa opinione di globale inattendibilità dello Sc. - avrebbero invece asseritamente dovuto imporre la sospensione fin visto l'esito del procedimento penale; quest'ultimo peraltro avviato non già a carico del ricorrente per i medesimi fatti qui addebitatigli, ma dello stesso Sc. su denuncia del primo.

p. 4.1 Con il quinto motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 9/17) si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 10, 16, 17, 18, art. 23, comma 1, lettera c) del Regolamento Consiglio Nazionale Forense n. 2 del 21 febbraio 2014, nonché degli artt. 191,178 e 179 c.p.p.. Per non avere il Consiglio Nazionale Forense accolto l'eccezione difensiva (erroneamente ritenuta tardiva) di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dallo Sc. al consigliere istruttore il 20 ottobre 2016,

cioè dopo che l'incolpato aveva già presentato la sua memoria con allegati (14 ottobre 2016). Diversamente da quanto sostenuto nella sentenza qui impugnata, questa eccezione di inutilizzabilità era stata tempestivamente dedotta dall'avvocato I. all'udienza 7.4.2017 avanti al Consiglio Distrettuale di Disciplina allorquando, preso atto della mancata comparizione dello Sc., si ebbe formale contezza della acquisizione delle dichiarazioni dal medesimo rese avanti al consigliere istruttore (altrimenti destinate a rimanere lettera morta perché superate dalla deposizione dibattimentale). Si trattava, del resto, di eccezione di nullità rilevabile in ogni stato e grado del giudizio perché di natura assoluta, non relativa, in quanto incidente sull'esercizio dell'azione e del diritto di difesa (artt. 178-179 c.p.p.).

p. 4.2 Il motivo è destituito di fondamento.

Sul punto il Consiglio Nazionale Forense ha escluso (sent. pag.5) la dedotta nullità-inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dallo Sc. al Consigliere Istruttore, per un verso rilevando la tardività della relativa eccezione (opposta solo nella fase dibattimentale) e, per altro, comunque facendo propria la valutazione sul punto già offerta dal Consiglio Distrettuale di Disciplina (nel senso che le dichiarazioni così rese dal teste non avrebbero comunque aggiunto nulla a quanto già acquisito documentalmente in atti).

Va in proposito osservato, ad escludere la dedotta violazione normativa, che il procedimento disciplinare nei confronti di avvocati (art. 10 Reg. CNF n. 2/14) ha natura amministrativa rispondendo ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e ciò va detto, a fortiori, per la fase

pre-procedimentale condotta dal consigliere istruttore L. n. 247 del 2012, ex art. 58. La legge (comma 2 art. 58 cit.) non prevede che, in questa fase, le osservazioni richieste dal consigliere istruttore all'indagato (da presentarsi entro 30 giorni dalla comunicazione) debbano essere necessariamente (cioè a pena di nullità) depositate dopo gli accertamenti istruttori (da effettuarsi nel termine di sei mesi dall'iscrizione della notizia di illecito nell'apposito registro). Dal che emerge come le osservazioni difensive demandate all'avvocato svolgano un ruolo prettamente informativo e preliminare volto, tra l'altro, proprio ad indirizzare e mirare i successivi accertamenti istruttori preliminari.

Su questo presupposto non poteva dunque ravvisarsi alcuna violazione processuale comportante la paventata "anomala sequenza procedimentale" la quale - ad ogni modo, e se davvero sussistente - avrebbe dovuto essere eccepita nel primo atto difensivo successivo alla sua riscontrabilità, e non nella successiva fase dibattimentale alla stregua di una (inesistente) nullità assoluta. E ciò indipendentemente dal fatto che solo in quest'ultima fase potesse emergere la necessità di acquisizione delle dichiarazioni rese dallo Sc. al Consigliere Istruttore, in quanto non comparso avanti al Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Il motivo di ricorso in esame appare poi lacunoso sia nella parte in cui denuncia apoditticamente la nullità della sentenza senza specificare sotto quale profilo la sequenza istruttoria della fase preliminare qui seguita avrebbe determinato una effettiva lesione del diritto di difesa, essendo pacifico che l'avvocato I. sia stato sottoposto ad un

procedimento disciplinare rispondente ai requisiti di cui alla L. n. 247 del 2012, art. 59 e sia stato ammesso a svolgere piena difesa nel corso del procedimento stesso anche nel contraddire a quanto dichiarato dal teste nella fase preliminare; sia nella parte in cui non si confronta con la (ulteriore ed autosufficiente) ratio di infondatezza dell'eccezione, così come recepita dal Consiglio Nazionale Forense per relationem a quanto sul punto già considerato dal Consiglio Distrettuale di Disciplina.

p. 5.1 Con il sesto motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del Regolamento Consiglio Nazionale Forense n. 2/2014 cit., nonché degli artt. 190,493 e 495 c.p.p.. Per avere il Consiglio Nazionale Forense erroneamente respinto l'eccezione di nullità del procedimento perché il Consiglio Distrettuale di Disciplina, richiesto il 24.3.2017 dell'ammissione di prove a difesa e di non ammissione della deposizione del teste M., non aveva deciso nell'immediatezza ma soltanto all'esito dell'istruttoria dibattimentale (ud. 7.4.2017), mediante una "riserva all'esito del dibattimento" non prevista dalla normativa e determinante uno sviamento valutativo della prova.

Con il settimo motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del suddetto regolamento Consiglio Nazionale Forense nonché violazione dell'art. 468 c.p.p., comma 4, art. 495 c.p.p., comma 2 e art. 603 c.p.p., sulla prova contraria. Per avere la sentenza qui impugnata, come già quelle del Consiglio Distrettuale di Disciplina, alterato l'ordine delle decisioni sulla prova, ed inoltre erroneamente ritenuto che l'avvocato I. fosse

decaduto dall'istanza di ammissione di prova contraria (deposizioni testimoniali F.V. e T., idonee a smentire il teste d'accusa M.) per mancato deposito della relativa lista e conseguente mancata indicazione delle circostanze di prova, nonostante che queste incombenze fossero necessarie solo in materia di prova positiva ovvero di prova contraria su contenuti innovativi.

p. 5.2 I due motivi, unificabili perché entrambi concernenti le modalità ed il contenuto delle decisioni sull'acquisizione probatoria contraria, sono infondati.

Sul punto il Consiglio Nazionale Forense (sent. pag. 5) ha osservato come legittimamente il Consiglio Distrettuale di Disciplina si fosse riservato di decidere in merito alle richieste ed alle eccezioni avanzate dalla difesa all'udienza dibattimentale del 24 marzo 2017, sciogliendo quindi la riserva nella successiva udienza del 7 aprile 2017 mediante ordinanza dedicata. Quanto alla mancata ammissione delle istanze di prova contraria, ha ritenuto il giudice di merito che si trattasse di istanze manifestamente superflue ed irrilevanti: "la prova contraria incontra tale limite alla sua ammissione, come da consolidata giurisprudenza di legittimità (si veda a titolo esemplificativo Cass. pen. 31883/16). Quanto affermato dal teste M. viene confermato dalla registrazione prodotta e la prova contraria richiesta non è volta ad una contestazione del contenuto della conversazione, bensì al solo giudizio di attendibilità e credibilità delle dichiarazioni del teste che, come detto, trovano ampia conferma nella registrazione. Per tali motivi quindi la richiesta di controprova deve considerarsi superflua

ed irrilevante, atteso che tali testimoni nessun contributo avrebbero potuto apportare al procedimento".

Quanto così deciso non si presta a censura di violazione della disciplina processuale, dal momento che la decisione dibattimentale sulla prova contraria non escludeva l'assunzione a riserva della relativa istanza al fine della valutazione complessiva del quadro istruttorio fino a quel momento già conseguito. Si è in proposito stabilito (Cass. pen. 34352/09) che "non è ravvisabile alcun termine perentorio per lo scioglimento della riserva da parte del giudice (riserva che va evidentemente sciolta quantomeno con la decisione finale); né, ovviamente, stante il principio di tassatività delle nullità, è rinvenibile nel codice di rito alcuna sanzione di tal genere, come preteso dal ricorrente". Nessuna preclusione in tal senso era poi desumibile dagli artt. 10 e 22 Reg.CNF n. 2/14 cit..

Va inoltre considerato, quanto al fondo della decisione istruttoria, che il giudice disciplinare era comunque chiamato ad una valutazione (oltre che di ammissibilità sotto il profilo della specificità della deduzione e capitolazione delle circostanze da provare), di rilevanza ovvero pertinenza della prova dedotta, e questa valutazione è stata in effetti compiuta con esiti certamente qui non rivedibili.

Nella concretezza del caso il Consiglio Nazionale Forense argomenta, come detto, le ragioni della mancata ammissione dei testi dedotti a prova contraria dalla difesa, in quanto chiamati ad un giudizio di globale inattendibilità del teste M. nonostante che quanto da quest'ultimo riferito trovasse conferma - ritenuta oggettiva e dirimente nella registrazione della conversazione. Deve dunque farsi

applicazione dei noti ed invalicabili limiti di sindacato fattuale e probatorio in sede di legittimità (anche qui applicabili, a maggior ragione a fronte di censure di mera violazione normativa) e, in particolare, del principio di diritto secondo cui (Cass. SSUU n. 21948/15), in tema di procedimento disciplinare a carico di avvocati, il giudice "ha il potere di valutare la convenienza a procedere all'esame di tutti o di parte dei testimoni ammessi, e, quindi, di revocare l'ordinanza ammissiva e di dichiarare chiusa la prova, quando ritenga superflua la loro ulteriore assunzione perché in possesso, attraverso la valutazione delle risultanze acquisite, di elementi sufficienti a determinare l'accertamento completo dei fatti da giudicare".

p. 6.1 Con l'ottavo motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 4, del Regolamento Consiglio Nazionale Forense, nonché degli artt. 190,191,493,495,112 e seguenti, art. 234 c.p.p., L. n. 48 del 2008, art. 8. Per avere la sentenza qui impugnata erroneamente negato il diritto della difesa di contestare le modalità di acquisizione del mezzo di prova, senza al tempo stesso contestarne il contenuto probatorio. Ciò, nonostante che la difesa avesse per varie ragioni contestato (memoria 13 ottobre 2016; audizione del 14 ottobre 2016; successive istanze di revoca dell'ammissione) anche il contenuto della prova, nella specie rappresentata da un compact disc (CD) che asseritamente riproduceva la conversazione registrata con un microregistratore.

Con il nono motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) si deduce violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 4,5,23, vigente ratione temporis, art. 14 Cost. e art. 103 c.p.p.; si deduce inoltre nullità della sentenza impugnata per motivazione apparente, in quanto meramente recettiva, sul punto, di ciò che era già stato affermato dal Consiglio Distrettuale di Disciplina. In particolare, erroneamente il Consiglio Nazionale Forense non aveva accolto l'eccezione di inutilizzabilità della registrazione riportata sul CD, nonostante che si trattasse di una registrazione ambientale in luogo aperto ad altri soggetti, concernente dati personali oggetto di privacy, eseguita in violazione del diritto di difesa e del domicilio privato quale certamente doveva considerarsi lo studio legale.

p. 6.2 I due motivi - anch'essi unificabili perché entrambi concernenti la violazione delle norme sull'utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni registrate e riversate su CD - sono infondati.

In ambito penale, il regime di riferimento in materia di registrazione tra presenti si è formato a partire da Cass. SSUU pen. 36747/03 (imp. To.), secondo cui: "le intercettazioni regolate dagli artt. 266 c.p.p. e segg., consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato. Ne consegue che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un

soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa".

Si tratta di indirizzo, volto a distinguere e sottrarre la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni tra presenti alla disciplina autorizzativa ed esecutiva propria delle intercettazioni ex artt. 266 c.p.p. e segg., innumerevoli volte ribadito e specificato dalla giurisprudenza successiva, nel senso che:

essa è utilizzabile nei confronti dell'imputato come prova documentale rappresentativa di un fatto storico, "a condizione che l'autore abbia effettivamente e continuativamente partecipato o assistito alla conversazione registrata", e sempre fatta salva la sua valutazione di affidabilità (Cass. pen. 13810/19 ed altre);

- qualora sia certa la sua realizzazione da parte di uno dei partecipanti o comunque legittimati ad assistere al colloquio, è escluso che la registrazione fonografica sia lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente tutelati, così da porsi in violazione del divieto previsto dall'art. 191 c.p.p., comma 1 (Cass. pen. n. 5782/19);

- se effettuata da uno dei partecipanti al colloquio, l'efficacia probatoria è attribuibile alla registrazione fonografica in sé, costituendo la sua trascrizione la mera trasposizione del contenuto del supporto magnetico che la contiene e supporta (Cass. pen. 4287/15; n. 50986/16 ed altre);

essa, se effettuata tra presenti e d'iniziativa di uno dei partecipi al colloquio, costituisce prova documentale utilizzabile in dibattimento ex art. 234 c.p.p. e non intercettazione "ambientale" soggetta alla disciplina degli artt. 266 c.p.p. e segg., anche quando avvenga su impulso della polizia giudiziaria e/o con strumenti forniti da quest'ultima "con la specifica finalità di precostituire una prova da far valere in giudizio" (Cass. pen. 12347/21; n. 3851/16 ed altre);

l'utilizzabilità è consentita anche quando la registrazione "avvenga in sede di audizione nel procedimento disciplinare ad opera di uno dei partecipanti, senza il consenso dell'interessato, trattandosi di dati trattati per finalità di giustizia, quale precostituzione di un mezzo di prova per la tutela di un proprio diritto in vista di un eventuale futuro procedimento giurisdizionale" (Cass. pen. 41421/18).

Va ancora osservato che, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente - il quale non si fa minimamente carico di questi consolidati indirizzi - l'utilizzo processuale della fonoregistrazione non è precluso dal c.d. Codice Privacy (D.Lgs. n. 196 del 1993), se si tratti di "far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento" (art. 13, comma 5, lett. b ed art. 26, comma 4 lett. c).

A completamento del tema, si osserva poi che la registrazione fonografica di un colloquio tra presenti rientra nel genus delle riproduzioni meccaniche ex art. 2712 c.c., così da costituire ammissibile mezzo di prova anche nel processo civile. Si è in particolare osservato (Cass. n. 1250/18; v. anche Cass. n. 2117/11) che ad essa può essere ricondotta efficacia probante "se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta, né che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, e sempre che almeno uno dei soggetti, tra cui la conversazione si svolge, sia parte in causa". Proprio in quanto mezzo documentale riproduttivo di una determinata realtà fattuale, il suo formale disconoscimento deve avvenire - come per regola generale - in modo "chiaro, circostanziato ed esplicito, e concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta" (ivi).

Orbene, tutto ciò premesso, va osservato che nella sentenza impugnata il Consiglio Nazionale Forense argomenta sia sulla legittimità in sé della prova mediante registrazione, sia sulla sua utilizzabilità e concludenza dimostrativa ("vicenda M.") anche a fronte dell'assenza di un disconoscimento specifico e mirato, da parte dell'incolpato, sul suo contenuto effettivo.

Sul punto il Consiglio Nazionale Forense (sent. pag. 5) ha osservato che l'utilizzabilità delle registrazioni fonografiche doveva ritenersi esclusa "solo ove la parte contro la quale sono prodotti (non) contesti i fatti in modo chiaro, circostanziato ed esplicito e producendo documenti, prove, da cui emerga la non corrispondenza tra la realtà

fattuale e quella riprodotta (...). Nel caso di specie l'incolpato si è limitato ad una mera richiesta di inutilizzabilità, senza addurre motivazioni come richieste da costante orientamento giurisprudenziale domestico. Con riguardo invece alla censura relativa al fatto per cui la registrazione sia avvenuta all'interno di uno studio legale, questo CNF ritiene di richiamare interamente la motivazione addotta dal Consiglio Distrettuale di Disciplina".

Il convincimento del Consiglio Nazionale Forense è dunque chiaro:

- nell'escludere che l'incolpato avesse contestato l'obiettiva storicità del fatto rappresentato dalla conversazione registrata e dal suo contenuto sostanziale, incentrato sulla denigrazione disciplinarmente rilevante del collega avv. D.R. (va detto, anche se questa evenienza non sarebbe comunque qui rilevante, che di tale contestazione non vi è traccia neppure nel ricorso per cassazione);
- nell'escludere l'efficacia di un disconoscimento generico e puramente estrinseco di utilizzabilità processuale del documento, a fronte della ravvisata legittimità (come già ritenuta anche dal primo giudice) della sua formazione e produzione in giudizio. Si tratta di un ragionamento che le doglianze in esame non sono in grado di sovvertire:
- non come violazione di legge ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, sia perché la registrazione in questione, riportata nel CD, rientrava nei parametri generali di utilizzabilità documentale, come detto prescritti dall'ordinamento, sia perché conforme alla legge processuale è stata anche la valutazione (prettamente di merito) del Consiglio Nazionale Forense circa la irrilevanza ed aspecificità del suo disconoscimento da parte dell'interessato;

non come violazione dell'obbligo motivazionale - ex art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 5 - dal momento che il giudice di merito ha specificamente esaminato il fatto documentato dalla registrazione, illustrando - seppur succintamente - le ragioni per cui ha ritenuto di poterlo (doverlo) porre a base preminente del proprio convincimento di colpevolezza disciplinare, come già ritenuto dal primo giudice.

p. 7.1 Con il decimo motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) ci si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 10 e 22 del citato Regolamento Consiglio Nazionale Forense, nonché 190 c.p.p.. Per avere la sentenza qui impugnata respinto il motivo di impugnazione concernente la mancata ammissione da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina di una produzione documentale (richiesta con memoria 15 maggio 2017) avente ad oggetto una PEC e lettera raccomandata inviata il 20 marzo 2012 dall'avvocato I. al collega avvocato D.R. e materialmente ricevuta dal M. in quanto collaboratore di quest'ultimo. Si trattava di circostanza che denotava la non rispondenza al vero di quanto dal M. affermato circa l'insussistenza di qualsivoglia rapporto di collaborazione tra lui e lo stesso avvocato D.R.. La mancata ammissione della prova, per giunta con motivazione apodittica, ledeva il diritto alla produzione documentale, nella specie concernente un elemento istruttorio non inconferente ma idoneo a denotare l'inconsistenza dell'accusa basata sui fatti riportati dal M..

p. 7.2 Il motivo è infondato.

Sul punto il Consiglio Nazionale Forense (sent. pag. 5-6) ha ritenuto inammissibile, e comunque infondato, il corrispondente motivo di

gravame, "poiché si vuole censurare il potere del Consiglio Distrettuale di Disciplina di operare una valutazione in relazione alle prove presentate. Secondo l'orientamento giurisprudenziale domestico il giudice della deontologia ha un ampio potere discrezionale nel valutare la rilevanza e la conferenza delle prove dedotte (...)".

Questa affermazione, corretta in diritto, va riguardata nella concretezza di un caso in cui il convincimento di merito sulla colpevolezza disciplinare dell'incolpato per i capi in esame si è formato essenzialmente sulla base della registrazione di una conversazione che il Consiglio Nazionale Forense ha ritenuto probante, sia in sé sia perché non specificamente contestata né disconosciuta nel suo contenuto oggettivo ed intrinseco.

A fronte di tale convincimento non vi sono elementi (né il motivo di ricorso li deduce) per ritenere che la pretermissione del documento in questione - ancora una volta concernente non il contenuto in sé della conversazione registrata ma la globale attendibilità del M., segnatamente là dove questi aveva negato di fungere da collaboratore dell'avv. D.R., pur ritirandone la posta - abbia sviato il giudizio di merito in termini di assoluta concludenza, risolutività e decisività (v. Cass. pen. 27929/19, ed altre, sulla rilevanza invalidante dell'omessa valutazione di una prova solo nel caso di decisività di questa ai fini della pronuncia).

Per il resto, la doglianza - palesandosi in questa parte senz'altro inammissibile sollecita il richiamo al costante indirizzo (Cass. SSUU n. 34476/19) per cui: "E' inammissibile il ricorso per cassazione che, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione o falsa applicazione

di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio miri, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito. (Principio affermato dalla S.C. con riferimento ad un motivo di ricorso che, pur prospettando l'omesso esame di risultanze probatorie, in realtà tendeva ad una diversa ricostruzione del merito degli accadimenti dai quali era originata la condanna disciplinare di un avvocato)".

p. 8.1 Con l'undicesimo motivo (addebiti di cui in sentenza n. 14/17) si lamenta nullità della sentenza per motivazione apparente, e comunque omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 5). Per non avere il Consiglio Nazionale Forense rilevato l'omessa valutazione da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina dell'istanza difensiva di istruttoria integrativa (formulata in memoria 2 giugno 2017) avente ad oggetto l'audizione dei testi avvocato F.V. e sig.ra T..

p. 8.2 Il motivo è per più versi inammissibile.

In primo luogo, esso non esplicita la decisività della prova testimoniale pretermessa in rapporto ai fatti di causa, il che preclude a questa Corte ogni controllo di legittimità dell'operato del giudice di merito, e persino di appurare se la mancata pronuncia in proposito (come già osservato, appunto rilevante solo se incidente su aspetto dirimente di causa) sia in effetti dipesa dall'obliterazione dell'elemento istruttorio o piuttosto dall'implicito rigetto dell'istanza di sua ammissione proprio per difetto di pertinenza e diretta o indiretta incidenza sul tema di prova e decisione.

In secondo luogo, vale anche in materia quanto già osservato (Cass. SSUU n. 21948/15) in ordine all'esercizio dei poteri valutativi da parte del giudice del merito disciplinare avvocati circa l'opportunità di procedere all'esame di tutti o di parte soltanto dei testimoni ed anche, se del caso, di dichiarare senz'altro chiusa la prova allorquando egli ritenga superflua l'ulteriore assunzione per essere già stato compiutamente ed esaurientemente ricostruito il fatto da provare.
In terzo luogo, la doglianza non potrebbe trovare accoglimento neppure se in ipotesi rivolta a far valere il mancato esercizio di una potestà istruttoria integrativa (art. 507 c.p.p., art. 22, lett. d) Reg. CNF n. 2/14 cit.), vertendosi comunque di un potere di natura discrezionale anch'esso bilanciato sul requisito di rilevanza dimostrativa ed il cui esercizio o mancato esercizio da parte del giudice di merito non è sindacabile in sede di legittimità.
p. 9.1 Con il dodicesimo motivo di ricorso (addebiti di cui in sentenze nn. 9/17 e 14/17) viene dedotta la violazione e falsa applicazione delle medesime disposizioni del regolamento Consiglio Nazionale Forense nonché dell'art. 24 Cost. e art. 420 ter c.p.p... Per avere la sentenza del Consiglio Nazionale Forense respinto il motivo di impugnazione concernente il legittimo impedimento dell'avvocato I. a presenziare all'udienza del 18 maggio 2017 (preposta all'esame dell'incolpato ed all'ascolto della registrazione), nonostante che tale legittimo impedimento andasse invece affermato. Esso si doveva infatti riguardare non nel senso della assoluta impossibilità a comparire all'udienza, quanto alla impossibilità di partecipare attivamente ed efficacemente ad essa; evenienza, quest'ultima, che di

certo nella specie si verificava, risultando dal certificato medico allegato l'esistenza di una patologia limitativa fisica della funzione del `parlare' aggravata dallo stato febbrile ("faringo-laringite, stato febbrile, riposo per tre giorni").

p. 9.2 Il motivo è inammissibile.

Per quanto riguarda l'affermata nullità del procedimento e della sentenza per violazione del diritto di difesa, si ritiene opportuno premettere il consolidato indirizzo di legittimità (anche recentemente ribadito) sull'impedimento a partecipare all'udienza disciplinare, i cui passaggi fondamentali possono così riassumersi (v. Cass. SS.UU. civ. nn. 8777/21; 5596/20; 24377/20; 15607/01 ed altre; nonché Cass. SSUU pen. 36635/05, Cass. pen. nn. 15407/20; 11460/18 ed innumerevoli altre):

- la partecipazione all'udienza costituisce una libera scelta dell'incolpato, mentre la mancata partecipazione comporta una lesione del suo diritto di difesa solo se determinata da un impedimento a comparire dalle caratteristiche tali da non risolversi in una mera difficoltà di presenziare all'udienza nella data stabilita, bensì in una situazione impeditiva di natura cogente ed assoluta;
- è vero che in applicazione della norma di riferimento qui applicabile - l'art. 420 ter c.p.p. - il requisito legale dell'"assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento" non concerne soltanto la capacità di recarsi fisicamente in udienza, ma anche quella di parteciparvi dignitosamente ed attivamente per l'esercizio del diritto costituzionale di difesa;

- ciononostante, anche al fine di garantire il necessario bilanciamento con il principio di ragionevole durata del processo, la condizione ostativa così delineata non può derivare in via automatica dall'esistenza di una patologia più o meno invalidante, dovendo questa essere vagliata dal giudice di merito (con esiti certamente non rivedibili in sede di legittimità se congruamente motivati) sotto il profilo di una impossibilità effettiva ed assoluta (oltre che non ascrivibile al soggetto) perché non dominabile né contenibile secondo parametri di normale esigibilità.

Ciò posto, il Consiglio Nazionale Forense (sent. pag. 6) ha osservato che il motivo era inammissibile e comunque infondato perché "lo stato di salute in cui versava l'incolpato non emergeva dal certificato presentato come un impedimento di tipo assoluto". Si tratta di valutazione fattuale qui insindacabile, e non irragionevolmente incentrata sull'obiettiva genericità e lacunosità del certificato medico allegato, dal quale non era dato evincere elementi fondamentali di valutazione quali, ad esempio, il grado della febbre, la possibilità di farvi fronte con i farmaci normalmente in uso negli stati febbrili meno severi e non complicati da rilevanti patologie, l'incidenza debilitante ed impeditiva alla presenza in udienza, nel maggio 2017, della faringo-laringite.

Nella considerazione del giudice di merito, in definitiva, tutto ciò si è risolto nel disconoscimento non già dello stato di malattia in sé, bensì della sua ostatività processualmente rilevante, in quanto integrante - come detto - un impedimento cogente, assoluto e non superabile con modalità di normale esigibilità.

Tutto ciò considerato, la censura si risolve - anche sotto questo profilo - nell'inammissibilmente contrapporre, a quella resa dal giudice del merito, una diversa valutazione del quadro prettamente fattuale di riferimento.

p. 10.1 Dopo aver ritenuto "utile" riportare le censure di merito mosse alla decisione del Consiglio Distrettuale di Disciplina "al fine di valutare i proposti motivi di Cassazione" (così in ricorso, pagg.35 segg.), il ricorrente formula, in via di subordine, un ulteriore motivo di ricorso per cassazione (pag. 52) per violazione e falsa applicazione degli artt. 21 e 22 del codice deontologico, attesa la mancanza di adeguatezza e proporzionalità della sanzione unitariamente applicata dal Consiglio Nazionale Forense (censura). L'assenza di precedenti contestazioni disciplinari, l'onorato esercizio per oltre 25 anni della professione di avvocato cassazionista, il contesto nel quale la vicenda era maturata, l'inesistenza di qualsivoglia prospettiva di reiterazione di fatti analoghi, l'assenza di ogni pregiudizio per i clienti M. e Sc., così come di alcun pregiudizio effettivo per l'immagine dell'avvocato D.R., costituivano - tutti elementi per l'applicazione di una sanzione inferiore alla censura, e consistente nell'avvertimento ai sensi dell'art. 22, lettera a) del codice deontologico.

p. 10.2 Il motivo è inammissibile.

Sulla unificazione nella censura delle due sanzioni già inflitte dal Consiglio Distrettuale di Disciplina nei separati procedimenti, ha osservato il Consiglio Nazionale Forense (sent. pag. 6) che ciò si rendeva opportuno in ragione del contesto di forte contrapposizione professionale tra l'avvocato I. e l'avvocato D.R. nel quale era

maturata l'intera vicenda, dell'episodicità dell'accaduto, della mancata percezione delle condotte da parte di altri operatori dello studio professionale e, infine, della circostanza che il teste M. (colui che aveva riferito all'avvocato D.R. lo sfogo dell'incolpato) si fosse appositamente munito di un registratore nel corso del colloquio con quest'ultimo, così da gettare "una luce a dir poco particolare sull'intera vicenda" (ivi).

In presenza di questa motivazione - già orientata a mitigare il trattamento sanzionatorio iniziale - non vi sono i presupposti per alcun sindacato di legittimità.

Si è in materia osservato (Cass. SSUU n. 26250/18) che: "le decisioni del Consiglio Nazionale Forense in materia disciplinare sono impugnabili dinanzi alle Sezioni Unite della S.C., ai sensi del R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 56, comma 3, soltanto per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, nonché, ai sensi dell'art. 111 Cost., per vizio di motivazione, con la conseguenza che, salva l'ipotesi di sviamento di potere, in cui il potere disciplinare sia usato per un fine diverso rispetto a quello per il quale è stato conferito, l'accertamento del fatto e l'apprezzamento della sua gravità ai fini della concreta individuazione della condotta costituente illecito disciplinare e della valutazione dell'adeguatezza della sanzione irrogata non può essere oggetto del controllo di legittimità, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza" (così Cass. SSUU n. 28176/20); e così pure Cass. SSUU n. 1609/20, secondo cui: "in tema di procedimento disciplinare a carico degli avvocati, la determinazione della sanzione adeguata

costituisce tipico apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità".

Dunque, fermo restando che il trattamento applicato non esula dalla previsione legale per gli illeciti in condanna, resta inammissibile ogni argomento con cui, nella sostanza, si intenda qui confutare la scelta della sanzione più opportuna e la congruità di quella in concreto applicata.

Ne segue il rigetto del ricorso.

Nulla si provvede sulle spese, attesa la mancata partecipazione al giudizio del Consiglio dell'Ordine intimato.

P.Q.M

La Corte;

rigetta il ricorso;

- v.to il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, come modificato dalla L. n. 228 del 2012;

- dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, a carico della parte ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, riunitasi in Roma, il 8 giugno 2021.

Depositato in Cancelleria il 16 luglio 2021