

(PARERE COA 02.08.2012)

L'Avv. \*, premesso di essere stato convocato da Ufficiali di P.G. per rendere s.i.t. su fatti commessi nel corso di un'udienza civile da una sua patrocinata, chiede "un parere sul comportamento da tenere", sia sulla facoltà di astensione dal deporre, sia sulla possibilità di assumere la difesa della indagata nell'ambito del predetto procedimento penale.

Il Consiglio, udita la relazione del Cons. Di Girolamo, rilascia il seguente parere:

**La facoltà di astensione dal (ovvero l'obbligo di) deporre.**

L'art. 200 c.p.p. dispone che "non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:

- a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano;
- b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;
- c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;
- d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale".

Ai fini della corretta individuazione della esatta portata della complessiva disciplina normativa di chi esercita la professione forense e della correlativa facoltà di astenersi dal deporre, quale testimone, in giudizio, su quanto conosciuto nell'esercizio di tale professione, sarà sufficiente richiamare il testo della sentenza n. 87/1997 emessa dalla Corte Costituzionale, nella quale si legge testualmente che l'articolato normativo "*si ispira ad un principio che, nel suo contenuto essenziale, è risalente nel tempo. Questa disciplina risponde all'esigenza di assicurare una difesa tecnica, basata sulla conoscenza di fatti e situazioni, non condizionata dalla obbligatoria trasferibilità di tale conoscenza nel giudizio, attraverso la testimonianza di chi professionalmente svolge una tipica attività difensiva. La facoltà di astensione dalla testimonianza in giudizio presuppone la sussistenza di un requisito soggettivo e di un requisito oggettivo. Il primo, riferito alla condizione di avvocato di chi è chiamato a testimoniare, consiste nell'essere la persona professionalmente abilitata ad assumere la difesa della parte in giudizio. Il secondo requisito è riferito all'oggetto della deposizione, che deve concernere circostanze conosciute per ragione del proprio ministero difensivo o dell'attività professionale, situazione questa che può essere oggetto di verifica da parte del giudice. L'esenzione dal dovere di testimoniare non è, dunque, diretta ad assicurare una condizione di privilegio personale a chi esercita una determinata professione. Essa è, invece, destinata a garantire la piena esplicazione del diritto di difesa, consentendo che ad un difensore tecnico possano, senza alcuna remora, essere resi noti fatti e circostanze la cui conoscenza è necessaria o utile per l'esercizio di un efficace ministero difensivo. Da questo punto di vista la facoltà di astensione dell'avvocato non costituisce un'eccezione alla regola generale dell'obbligo di rendere testimonianza, ma è essa stessa espressione del diverso principio di tutela del segreto professionale. Il legislatore, disciplinando la facoltà di astensione degli avvocati, ha operato, nel processo, un bilanciamento tra il dovere di rendere testimonianza ed il dovere di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione del compimento di attività proprie della professione. L'ampiezza della facoltà di astensione dei testimoni deve essere interpretata nell'ambito delle finalità proprie di tale bilanciamento"* (così Corte cost. 08-04-1997 - C.C. 25-03-1997, n. 87 - Pres. Granata - Rel. Mirabelli).

Peraltro, a meglio individuare gli esatti confini dell'istituto, la migliore dottrina processual-penalistica (F. Cordero, Procedura Penale) rileva che "*l'astensione è ammessa sui fatti conosciuti nell'esercizio ... della professione, e obiettivamente segreti, confidati o riferiti*".

Nel caso di specie appare di tutta evidenza la non riferibilità della fattispecie concreta all'istituto di cui all'art. 200 c.p.p., essendo l'Avvocato chiamato a deporre né su fatti appresi per la migliore difesa tecnica dell'assistito, né su circostanze obiettivamente segrete, la cui rivelazione possa nuocere al proprio mandante.

Da ultimo deve rilevarsi che l'art. 58 del Codice deontologico Forense dispone che "per quanto possibile" l'Avvocato deve astenersi dal deporre su circostanze apprese nell'esercizio della professione e inerenti al mandato, con ciò dovendosi necessariamente intendere che, laddove non operi la c.d. protezione del segreto professionale, e sempre che non sussistano situazioni di incompatibilità *ex art. 197 c.p.p.*, debba ritenersi vigente, per l'Avvocato (e per il Praticante), come per qualunque altro cittadino, "l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte", ai sensi e per gli effetti dell'art. 198 c.p.p.-

#### **La possibilità di assumere la difesa.**

La questione della (in)compatibilità del difensore di una delle parti in causa ad essere assunto come testimone è stata, a suo tempo, vagliata dalla Corte Costituzionale che, assumendo a paradigma normativo l'art. 197 c.p.p. (sia pure nella formulazione previgente rispetto a quella attuale), ha affermato che, mentre l'incapacità del Giudice o del P.M. a testimoniare è determinata da una situazione di inconciliabilità assoluta tra la funzione giudiziaria e l'ufficio di testimone (di talché la stessa non è comparabile con la posizione del difensore), per l'avvocato si pone "una sorta di incompatibilità alternativa tra l'ufficio di testimone e il ruolo della difesa".

Invero, il problema dei rapporti tra il ruolo del difensore e l'ufficio del testimone, ha rilevato ancora la Corte Costituzionale, non si presta ad essere disciplinato in termini assoluti ed astratti all'interno del codice, così come è stato fatto per la figura del Giudice e del P.M., ma attiene alla sfera della deontologia professionale, con la conseguenza che è compito delle regole deontologiche di stabilire se dovrà essere data la prevalenza all'ufficio di testimone o al ruolo di difensore. (cfr. **Corte cost., 03-07-1997, n. 215**)

La Legge n. 63/2001, nel modificare il citato art. 197 c.p.p., ha introdotto un caso di inconciliabilità assoluta, prevedendo che non possano essere assunti come testimoni coloro che, nel medesimo procedimento, svolgono o hanno svolto, non solo, la funzione di Giudice, Pubblico Ministero o loro ausiliario, ma anche di difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva, nonché di coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391 *ter* c.p.p.

Al di fuori della fattispecie appena menzionata (relativa al difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva) non v'è incompatibilità assoluta tra la figura del difensore e quella del testimone.

Ovviamente, appare di immediata percezione il fatto che, pur al di fuori dei casi di incompatibilità assoluta, non sia affatto consentita la simultanea assunzione della veste di difensore e testimone nell'ambito dello stesso procedimento, essendo la relativa sovrapposizione inconciliabile con la natura dialettica dell'accertamento processuale, e quindi in antitesi con il principio del contraddittorio (così **Cass. pen. Sez. I, 01-07-2010, n. 26861**).

Ribadito che il codice non prevede una inconciliabilità assoluta del difensore a rendere testimonianza o a fornire la prova dei fatti, indicati dall'art. 187 c.p.p., che si riferiscano alla responsabilità del suo assistito o dai quali dipenda l'applicazione della legge processuale nel giudizio in cui presta il suo patrocinio, proprio perché la posizione del difensore è connotata da una sorta di incompatibilità non assoluta, bensì alternativa tra l'ufficio di testimone ed il ruolo di difensore, deve rilevarsi che il Legislatore (cfr. Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale) ha inteso tuttavia riservare la regolamentazione in concreto di detta incompatibilità all'Ordinamento Forense, ritenendo che venissero in rilievo profili di deontologia professionale estranei alle regole contenute nel codice di procedura penale.

Ne consegue che, fermo restando che le funzioni di testimone e di difensore si pongono in un rapporto di inconciliabilità alternativa, dipende allora soltanto dalle regole deontologiche come, e in che limiti, l'avvocato possa dare la prevalenza all'ufficio di testimone, o al ruolo di difensore, e in che termini detta scelta possa essere esercitata dal professionista.

V'è però da osservare che, attesa la predetta inconciliabilità, nessuno spazio per la "scelta" può individuarsi nel caso in cui l'avvocato sia citato come testimone in un processo penale e non

ricorra né la facoltà d'astensione (per la non operatività della c.d. protezione del segreto professionale), né l'incompatibilità assoluta *ex art. 197 c.p.p.*-

In tal caso l'obbligo di presentarsi dinanzi al Giudice e di deporre implica, come conseguenza immediata, l'inconciliabilità alternativa di cui si è sin qui detto e, per l'effetto, l'impossibilità di assumere la difesa di una parte nel medesimo processo.

Ed è proprio questa la situazione che ricorre nel caso di specie, in cui la non facoltatività della deposizione comporta la conseguenza che l'avvocato non possa assumere la veste del difensore nello stesso processo.