



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

6
2017

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO da
IL LINGUAGGIO DEL PROCESSO
Una riflessione interdisciplinare
a cura di Nicola Triggiani

SERGIO TORSELLA

Il colloquio dell'avvocato con il cliente:
profili deontologici

<http://edizionijsge.uniba.it/> • ISBN - 978-88-9428-100-2



EDIZIONI
JSGE

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMITATO DIRETTIVO

Laura Tafaro, Concetta Maria Nanna, Maria Casola, Cira Grippa,
Pierluca Massaro, Federica Monteleone, Maria Laura Spada, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo, Francesco Mastroberti,
Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino, Gabriele Dell'Atti, Michele Indelicato,
Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,
Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi,
Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Stefano Vinci

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://edizionidjsge.uniba.it/i-quaderni.html>

Sergio Torsella

IL COLLOQUIO DELL'AVVOCATO CON IL CLIENTE:
PROFILI DEONTOLOGICI*

ABSTRACT	
Nel presente saggio si esaminano i doveri, i rischi, e le possibilità del dialogo fra cliente e avvocato, quale strumento difensivo e base dell'esperienza del processo. Si analizza infine la funzione dell'avvocato, come garante del principio di realtà e guida del cliente nel processo.	In this essay, the author studied the duties, the risks, and the chances of the dialogue between the lawyer and the client, as an instrument of advocacy, and as the fundamentals of the trial experience. It is finally studied the lawyer's function, as guarantor of reality principle, and client's guide in the trial.
Avvocato – colloquio difensivo – rischi e doveri	Lawyer – meeting with the defending counsel – risks and duties

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. La fiducia. – 3. Dovere interno e dovere esterno. – 4. Il silenzio. – 5. La chiarezza. – 6. Contenuti del dovere di informazione. – 7. Il principio di realtà.

1. Tutta l'esperienza dell'avvocato è fatta di dialogo e la tutela del cliente si basa su un continuo colloquio con l'avvocato. In un certo senso, l'esperienza del processo per il cliente è quella del colloquio e delle parole dell'avvocato. Uno comunque è il momento decisivo, che contiene *in nuce* tutti gli elementi dei dialoghi che seguiranno, e questo è il primo colloquio difensivo. In questo primo incontro si possono individuare una serie di tendenze, necessità, tentazioni, rischi e doveri dell'avvocato.

Il Consiglio nazionale forense, nel codice deontologico, ha stabilito una serie di obblighi per il primo colloquio, i quali attengono al contenuto ed al modo della comunicazione. Gli obblighi informativi, infatti non sono semplice "burocrazia", ma assolvono finalità di tutela. Tutela della qualità dell'assistenza difensiva. In ultima analisi, tutela del cliente ed anche tutela dello stesso avvocato.

In queste pagine tenterò di sistematizzare alcuni spunti di riflessione sviluppati nel corso del tempo, in seguito all'esperienza, al confronto con i colleghi, e a quel dialogo silenzioso con chi ha scritto in *subjecta* materia, che è la lettura.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

Mi occuperò del colloquio con il cliente in generale, e in occasione del primo incontro.

Darò per scontata la nozione di deontologia dell'avvocato, nella sua qualità di insieme di regole e consuetudini necessarie per il corretto esercizio della professione, nate dall'esperienza di generazioni di avvocati. Tali regole, pur sistematizzate solo relativamente di recente nel codice deontologico forense, derivano da un'esperienza talvolta secolare di ciò che è necessario per esercitare correttamente la nostra professione. In questo senso è importante e fecondo di riflessioni il riconoscimento contenuto nell'art. 1, co. 3, del codice deontologico forense: *«le regole deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela [...] della qualità ed efficacia della prestazione professionale»*.

Sicché, la correttezza deontologica non corrisponde solo ad un imperativo morale, ma anche a una necessità pratica di corretta difesa del cliente¹.

2. Il rapporto avvocato-cliente si fonda sulla fiducia. Esso può continuare nella misura in cui e fintanto che il cliente ha fiducia nel suo avvocato, fiducia nelle sue capacità professionali e fiducia nella correttezza che egli userà verso di lui.

Egli ha fiducia che il suo avvocato non lo tradirà, non approfitterà di lui, non lo trufferà, non lo venderà al migliore offerente, non userà le sue confidenze contro di lui. Tutte queste sicurezze sono effetti di regole deontologiche e svolgono una funzione difensiva, consentono al cliente e all'avvocato un colloquio senza remore, il più libero e più ampio possibile, in condizione di sicurezza. La fiducia è elemento essenziale del rapporto; venuta meno la fiducia, l'avvocato fa bene a rinunciare al mandato, perché quel rapporto è ormai pregiudicato e potrà dargli solo delusioni.

Naturalmente non si deve confondere una crisi passeggera, uno scoraggiamento, sempre possibile nella battaglia processuale, con l'estinzione del "fuoco" della fiducia fra cliente e avvocato che è come l'estinzione della sorgente dell'amore, fenomeno radicale e irrimediabile che esclude le condizioni della sopravvivenza del rapporto professionale. La prosecuzione del rapporto professionale si basa sulla libera scelta del cliente e dell'avvocato: tale libertà deve essere effettiva e percepita da ambedue i protagonisti. Gli avvocati, infatti, sono uomini di dialogo e quindi uomini di libertà.

3. Distinguiamo degli obblighi nei confronti dei clienti e degli obblighi nei confronti della società². L'avvocato, se posto nella condizione di scegliere fra il

¹ In queste pagine non utilizzerò la distinzione fra cliente e assistito presente nel nuovo codice deontologico forense, dove cliente è colui che conferisce l'incarico professionale e assistito è colui nell'interesse del quale è svolto il mandato difensivo. Utilizzerò indifferentemente il termine cliente secondo il tradizionale costume, sia perché chi conferisce l'incarico di solito si identifica con la persona nel cui interesse si lavora, sia perché tale termine evoca tutta la storica elaborazione dei rapporti avvocato-cliente.

² Appaiono rilevanti gli artt. 10 e 23 del codice deontologico forense, il cui testo, per comodità del lettore, è qui di seguito riportato.

cliente e la legge, deve scegliere la legge. Egli ovviamente non può delinquere assieme al suo cliente, a pena di pervertire irrimediabilmente il suo ruolo, perché smette di essere un avvocato e diventa un delinquente. Fra i suoi obblighi ritroviamo quindi l'obbligo dell'onestà nei confronti dei consociati, che trova il suo limite nella tutela del cliente, perché l'avvocato non può diventare un poliziotto. Ed è questo difficile equilibrio che caratterizza la complessità della figura dell'avvocato ed anche il suo fascino. Egli non si appiattisce sul cliente, né si appiattisce sul Giudice, o sul P.M., egli è altro da ciò e persegue neutralmente e con umana comprensione e solidarietà la migliore difesa del cliente nei limiti del lecito e del corretto.

Il colloquio difensivo ha una specifica funzione: esso serve a individuare i migliori mezzi per la difesa del cliente. Alla fine del colloquio, il cliente deve aver stabilito con l'avvocato una linea di difesa e, dunque, deve aver ben chiare delle cose da fare. Il dialogo con il cliente si compone di elementi di conoscenza e di consigli. Ne consegue che l'avvocato deve essere obiettivo nelle sue constatazioni ed ha dei limiti in ciò che può consigliare³. Dalla funzione sociale della difesa discendono dei limiti nel consigliare dell'avvocato. Egli non può ridursi al ruolo di istigatore di scorrettezze. L'incarico professionale va svolto nell'esclusivo interesse del cliente, ma tale interesse non va perseguito senza limiti. Anche in questo caso abbiamo dei limiti esterni.

In ordine di gravità, l'avvocato non può consigliare azioni inutilmente gravose. Questo è un fenomeno di "abuso del processo", il quale non viene utilizzato semplicemente per accertare e realizzare dei diritti, ma viene artificiosamente piegato allo scopo di locupletare ingiustamente l'avvocato. Esempio tipico: si chiede l'affitto

Art. 10 «Dovere di fedeltà»: *«L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa».*

Art. 23 «Conferimento dell'incarico»: *«2. L'avvocato, prima di assumere l'incarico, deve accertare l'identità della persona che lo conferisce e della parte assistita. 4. L'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose. 5. L'avvocato è libero di accettare l'incarico, ma deve rifiutare di prestare la propria attività quando, dagli elementi conosciuti, desuma che essa sia finalizzata alla realizzazione di operazione illecita. 6. L'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti».* Queste le sanzioni disciplinari correlate ai commi violati: 1 e 2 avvertimento; 3 e 4 censura; 5 e 6 sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da 1 a 3 anni.

³ Si seguiranno le indicazioni di Searle sugli atti linguistici, i quali si suddividono in:

- Rappresentativi/assertivi: sostenere, comunicare, annunciare. Il locutore forma un enunciato in base alle sue conoscenze ed alle sue credenze
- Direttivi: pregare, ordinare, consigliare. Il locutore vuole che l'interlocutore compia o non compia una certa azione
- Commissivi: promettere, accordare, offrire, minacciare; il locutore si impegna ad un'azione futura
- Espressivi: ringraziare, salutare, augurare, denunciare; il locutore esprime il suo orientamento psichico per stabilire e mantenere rapporti sociali
- Dichiarativi: nominare, rilasciare, battezzare; il locutore esercita un certo suo potere all'interno di un determinato ambito istituzionale.

L'avvocato usa soprattutto atti linguistici rappresentativi e direttivi. Per gli uni vale l'art. 27, per gli altri l'art. 28 del codice deontologico forense.

solo di alcuni mesi e non tutti, raddoppiando così le azioni e dunque gli onorari di avvocato.

Sussiste un ovvio divieto di partecipare ad illeciti, sussiste un divieto di consigliare atti e negozi nulli, illeciti o fraudolenti. L'avvocato non può diventare "compagno di scorrettezze" del suo cliente⁴.

Accade spesso che sia il cliente a proporre all'avvocato una condotta disdicevole. Questo può accadere anche perché il cliente non si rende conto che quanto propone è scorretto. Anzi, questi sono i casi più insidiosi, perché traspare la buona fede del cliente e ciò può trarre in inganno l'avvocato. Altre volte, la proposta ha funzione pratica di scorciatoia per risolvere i problemi ovvero rendere l'avvocato ricattabile e dunque manipolabile dal cliente. È ovvio che non si deve cedere ad una simile tentazione, che è tale da pregiudicare irrimediabilmente tutto il rapporto professionale.

4. Il dialogo è ovviamente anche intessuto di silenzio⁵. Il silenzio è condizione necessaria affinché vi sia un vero dialogo. Soprattutto il cliente deve sapere che le sue

⁴ Cfr. C.n.f. 22.12.2010, n. 103: fra legge e cliente prevale la legge, se non è possibile tutelare il cliente rispettando la legge, l'avvocato ha solo una soluzione: la rinuncia al mandato. Per delle applicazioni di tali principi cfr.: C.n.f. 29.11.2001, n. 249, secondo cui è vietata l'alterazione del mandato di un altro avvocato pur con il consenso del cliente. È illecita l'alterazione di atti processuali di per sé; C.n.f. 13.12.2000, n. 257, secondo cui va sanzionato l'avvocato che realizza una truffa con il suo cliente; C.n.f. 23.11.2000 n. 192, per il caso dell'avvocato resosi promotore di denunce per estorsione pur sapendole infondate.

⁵ Le norme rilevanti sono gli artt. 13 e 28 del codice deontologico forense. Eccone il testo:

Art. 13 «Dovere di segretezza e riservatezza»: «L'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali».

Art. 28 «Riserbo e segreto professionale»: «È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato.

L'obbligo del segreto va osservato, anche quando il mandato sia stato adempiuto, comunque concluso, rinunciato o non accettato. L'avvocato deve adoperarsi affinché il rispetto del segreto professionale e del massimo riserbo sia osservato anche da dipendenti, praticanti, consulenti e collaboratori, anche occasionali, in relazione a fatti e circostanze apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta.

È consentito all'avvocato derogare dai doveri di cui sopra qualora la divulgazione di quanto appreso sia necessaria:

- a) per lo svolgimento di attività di difesa;
- b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità;
- c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita;
- d) nell'ambito di una procedura disciplinare.

In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato».

parole resteranno riservate e non saranno utilizzate contro di lui. Solo così potrà parlare liberamente. Tanto che il segreto è tutelato quale garanzia di libertà del difensore, e quindi del cliente. Come si vede, il segreto professionale è strettamente collegato al rapporto di fiducia. Vale la qualificazione del rapporto cliente-avvocato, come spazio di libertà e tutela da interferenze esterne.

Anche in questo caso sono previsti dei limiti e delle eccezioni. Si tratta di casi rari. L'avvocato può derogare al segreto per evitare la commissione di un grave reato, e la condizione della gravità del reato da evitare dà l'idea di quanto sia importante il segreto professionale. Altri ancora sono i casi in cui è possibile derogare. Per l'attività di difesa del cliente, come è ovvio, perché il segreto è a tutela della difesa e non può mai paralizzarne l'attività. Nelle controversie fra cliente e avvocato, quando occorre allegare circostanze di fatto, perché anche in tal caso non è possibile paralizzare l'attività di difesa. La stessa *ratio* vale per il giudizio disciplinare: non è possibile, infatti, chiedere all'avvocato, per un malinteso eroismo, di adottare comportamenti autolesionistici, rotto il rapporto di fiducia, ed a certe condizioni è possibile rompere il riserbo per tutelarsi nei beni primari.

5. Un dialogo corretto comprende ovviamente la necessità e l'obbligo di affrontare certi argomenti, di comunicare alcune notizie al cliente. Vi sono degli obblighi anche in ordine al *quomodo*, al come si comunica. La comunicazione deve essere effettiva, cioè deve essere chiara, tale che il cliente capisca ed occorre accertarsi che il cliente comprenda effettivamente quanto comunicato.

6. L'obbligo di informazione⁶ è specificazione dei doveri connessi al rapporto fiduciario.⁷ Il legislatore forense ha sul punto specificato alcune regole, all'art. 27 del

In caso di violazione dei ricordati doveri sono previste delle sanzioni disciplinari, ovvero la censura, e, se viene violato il segreto professionale, la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da 1 a 3 anni.

⁶Art. 27 del codice deontologico forense «Dovere di informazione»: «L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione. L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione. L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge. L'avvocato, ove ne ricorrano le condizioni, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita della possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato. L'avvocato deve rendere noti al cliente ed alla parte assistita gli estremi della propria polizza assicurativa. L'avvocato, ogniqualevolta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e i documenti, anche provenienti da terzi, concernenti l'oggetto del mandato e l'esecuzione dello stesso sia in sede stragiudiziale che giudiziale, fermo restando il disposto di cui all'art. 48, terzo comma, del presente codice. Fermo quanto previsto dall'art. 26, l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti

codice deontologico. Occorre spiegare il da farsi, l'avvocato deve precisare «*le iniziative e le ipotesi di soluzione*», conformemente alla natura di strumento di soluzione dei problemi del colloquio difensivo.

Per quanto possibile, va comunicata una previsione di massima dei costi del processo e della sua ipotizzabile durata. È opportuno allora, chiarire che tali previsioni sono di massima e possono cambiare se il processo subisce delle evoluzioni.

Va informato il cliente della mediazione e dei percorsi alternativi di soluzione della controversia. Tale obbligo di informazione vale anche da stimolo per l'avvocato, al fine di ricercare soluzioni alternative, atteso che vi sono metodi più proficui del ricorso automatico al giudizio, con la sua ormai proverbiale lunghezza.

Va comunicata la possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, ove ricorrano le condizioni, ciò che significa che l'avvocato ha il diritto e il dovere di informarsi dei redditi del cliente. Vanno comunicati gli estremi della polizza assicurativa dell'avvocato, ciò che implica la necessità che l'avvocato sia assicurato.

Vanno comunicate tutte le notizie e i documenti appresi nello svolgimento del mandato, con il solo limite della corrispondenza fra colleghi⁸. Altresì vanno comunicati i rischi di perdita dei diritti, affinché il cliente possa provvedere a tutelarsi. Su quanto appreso nel corso del mandato va comunicato quanto legittimamente appreso, laddove invece la comunicazione di notizie illecitamente apprese integra un'ipotesi di favoreggiamento.

7. Numerosi sono i richiami del legislatore forense al dovere di verità nel processo e nei confronti del cliente⁹. Essi ci ricordano una funzione primaria del dialogo fra avvocato e cliente. La funzione del dialogo è quella di mantenere il principio di realtà. Occorre che il cliente comprenda ciò che accade per poter decidere correttamente della sua vita. Il processo, infatti, è paragonabile ad una battaglia per la

pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso. L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nel corso del mandato».

⁷C.n.f. 11.6.2016, n. 159: «*Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante il professionista che ometta di informare il cliente sullo stato della causa e, di conseguenza, sull'esito della stessa, così venendo meno ai doveri di dignità, correttezza e decoro della professione forense in violazione degli artt. 38, 40 e 42 codice deontologico (ora, rispettivamente, 26, 27 e 33 nuovo codice deontologico forense). Deve infatti ritenersi che un rapporto fiduciario, quale è quello che lega l'avvocato al suo cliente (art. 35 cod. deont. for., ora 11 nuovo cod. deont. for.) non può tollerare alcun comportamento che violi un aspetto essenziale della "fiducia", consistente nella completezza e verità delle informazioni destinate all'assistito*». Sulla correlazione fra fiducia e obblighi di informazione, cfr. C.n.f. 15.12.2011, n. 182, per il caso di un avvocato che aveva preso iniziative senza dare notizie al cliente.

⁸ Cfr. C.n.f. 206/2011 secondo cui va sanzionato il contegno volto a nascondere al cliente gli accordi raggiunti con la compagnia assicurativa; C.n.f. 18.10.2011, n. 166, secondo cui è disciplinarmente rilevante il difetto di notizie anche in assenza di richieste; C.n.f. 18.7.2011, n. 108, per il caso dell'avvocato che non ha tenuto nessun contatto con il cliente per ben due anni.

⁹ Cfr. C.n.f. 26.9.2008, n. 91, l'avvocato ha un dovere verità verso il cliente.

vita, combattuta insieme dal cliente e dall'avvocato. E questo sapendo che si può combattere, senza illusioni e senza perdere la speranza di un domani migliore.