

“Legali di impresa”, sindacati e patronati, associazioni imprenditoriali, meri abilitati alla professione forense non iscritti agli albi: chi è giusto ammettere alla consulenza legale resa in modo professionale? Chi invece va escluso dal promettente mercato della consulenza giuridica, chi va ostracizzato?

I c.d. “legali di impresa” non possono fornire una consulenza legale autenticamente indipendente poichè sono in posizione di dipendenza economica: manca loro quella necessaria distanza dal mandante -il datore di lavoro- che costituisce il tratto caratteristico di una consulenza giuridica davvero indipendente. Non ha dunque senso ammettere a fornire consulenza giuridica i legali di impresa e negare che possano fornirla altri soggetti (pure non iscritti agli albi forensi) che però potrebbero fornire migliore consulenza perchè più indipendente.

E ancora si consideri: In tema di consulenza legale, un'ampia convergenza di forze politiche pare ormai coagulata per “far saltare” la riserva della consulenza legale resa in forma professionale, che si ipotizzava di introdurre a favore degli iscritti negli albi forensi. Si rinuncerebbe a prevedere una riserva alla quale l'Avvocatura puntava con decisione. I c.d. **"giu risti d'impresa**
", in virtù della novità, potrebbero svolgere attività di consulenza e assistenza legale stragiudiziale, pur non essendo iscritti all'albo. Parimenti potrebbero svolgere detta consulenza **associazioni imprenditoriali**
,
sindacati
e
patronati.
Si esalta, da alcuni, tale possibilità come previsione di buon senso che andrebbe nella direzione di una auspicata liberalizzazione.
Ma analizziamo: se nel contempo non si consente di svolgere consulenza professionale al singolo non iscritto all'albo e non inserito quale lavoratore dipendente (o "simildipendente") in una impresa, associazione o sindacato o patronato, risulta evidente che la tanto apprezzata “apertura” altro non è che un cedimento irragionevole agli interessi di associazioni imprenditoriali e ai sindacati e patronati. Tutti questi soggetti collettivi tanto avevano protestato

contro la riserva della consulenza legale agli avvocati e avevano evidenziato come essa facesse crescere le spese delle imprese (comunque, secondo me, hanno osteggiato la detta proposta di riserva anche temendo che diminuisse il ruolo di associazioni, sindacati e patronati).

In definitiva non mi pare ragionevole che i soli a vedersi ancora impedita l'attività di consulenza (resa professionalmente) siano gli abilitati alla professione d'avvocato non iscritti all'albo forense e neppure dipendenti d'altri: coloro che, ad avviso dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia Kokott (e secondo il buon senso) sono in grado di fornire una migliore consulenza, in quanto non condizionata negativamente dal rapporto di dipendenza economica dal datore di lavoro.

(nella foto alcuni Ostraka con incisi nome di cittadini da esiliare, erano prevalentemente capi politici: il primo Santippo, secondo Cimone, terzo Aristide)

Riporto di seguito (tratti dal sito della Corte di giustizia) i punti da 51 a 72, il punto 118, i punti 148 e 149, i punti 181 e 182 delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott depositate in Corte di giustizia, il 29/4/2010, nella causa C-550/07. Segnalo che la posizione dell'Avvocato generale è stata fatta propria dalla Corte nel decidere la causa C-550/07 ...

“51. Le ricorrenti si basano in via principale sul loro primo motivo di ricorso. Con esso la Akzo e la Akcros lamentano che il Tribunale avrebbe interpretato erroneamente il principio del segreto professionale dell’avvocato, come affermato dalla Corte nella sentenza AM&S (42), con conseguente violazione del principio di uguaglianza.

a) Sulla portata del segreto professionale dell’avvocato ai sensi della sentenza AM&S (prima parte del primo motivo di ricorso)

52. Nella prima parte del primo motivo di ricorso (43) la Akzo e la Akcros, sostenute da molti altri partecipanti al procedimento, rilevano che il Tribunale avrebbe erroneamente inteso in termini meramente «letterali» la sentenza AM&S della Corte, anziché interpretarla ed applicarla in base alla sua ratio. Ad avviso delle ricorrenti, se si fosse proceduto ad un’«interpretazione teleologica» della sentenza AM&S, il Tribunale sarebbe dovuto giungere alla conclusione che il controverso scambio di messaggi di posta elettronica con l’avvocato d’impresa della Akzo, il sig. S., era coperto dal segreto professionale.

53. Si deve preliminarmente convenire con il Regno Unito che la sentenza AM&S non è un atto legislativo. Occorrerebbe, pertanto, chiedersi se lo stesso riferimento, da parte delle ricorrenti, a metodi interpretativi quali quello lessicale e quello teleologico, sia appropriato nel presente contesto. A ben vedere, tuttavia, si può prescindere da tale interrogativo. Infatti, ciò di cui davvero si lamentano la Akzo e la Akcros è il fatto che il Tribunale avrebbe mal compreso la portata del segreto professionale dell'avvocato così come posto a fondamento della sentenza AM&S. È con tale questione che intendo confrontarmi nel prosieguo.

54. Nella sentenza AM&S la Corte ha riconosciuto che la «riservatezza della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente» deve essere tutelata anche a livello comunitario (nell'attuale prospettiva: a livello di Unione). La Corte ha subordinato il godimento di detta tutela alla presenza congiunta di due presupposti («criteri»), desunti da un'analisi complessiva degli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri d'allora (44):

– da un lato, la comunicazione con l'avvocato deve presentare un collegamento con l'esercizio del diritto alla difesa del cliente: deve trattarsi di una «corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente» (collegamento con il diritto alla difesa);

– dall'altro, deve trattarsi di una comunicazione con avvocati indipendenti, cioè con avvocati «non legati al cliente da un rapporto d'impiego» (indipendenza dell'avvocato).

55. I partecipanti al procedimento ritengono unanimemente che la controversia tra loro insorta nella fase attuale concerna solo il secondo di tali criteri, vale a dire quello dell'indipendenza dell'avvocato con il quale si comunica (45). Tuttavia tra loro vi è un'aspra polemica in merito a come debba essere inteso questo criterio dell'indipendenza. In particolare, in udienza ogni parte ha rimproverato all'altra di basarsi su una visione eccessivamente formalistica che fa perdere di vista i principi che sorreggono il criterio dell'indipendenza.

56. Contrariamente alla Commissione, le ricorrenti nonché i soggetti intervenuti a loro sostegno e gli altri partecipanti al procedimento ritengono che il criterio dell'indipendenza dell'avvocato non debba essere interpretato negativamente nel senso di un'esclusione degli avvocati d'impresa, bensì positivamente nel senso di un riferimento agli obblighi professionali e agli obblighi deontologici, cui sono di regola sottoposti i giuristi iscritti all'Ordine forense (46). A loro avviso un giurista d'impresa, che sia al tempo stesso iscritto all'Ordine forense, dispone già, in forza dei suoi vincoli deontologici, della stessa indipendenza di un avvocato esterno che esercita la sua professione in qualità di libero professionista o come dipendente di uno studio

legale. Essi rilevano altresì che in base al diritto olandese le garanzie di indipendenza di un advocaat in dienstbetrekking (47) (anche detto «Cohen advocaat» (48)), che nel presente caso trovavano applicazione nei confronti del sig. S., sono addirittura di natura particolarmente intensa.

57. Tale opinione non mi convince.

58. Nella sentenza AM&S il requisito dell'indipendenza viene inequivocabilmente collegato al fatto che l'avvocato in questione non sia legato da un rapporto di impiego con il suo cliente. Questa espressa indicazione, ripetuta in due punti della motivazione della sentenza (49), sarebbe stata superflua se la Corte avesse voluto ritenere sufficienti, come garanzia di indipendenza di un giurista, soltanto l'atto formale di iscrizione all'Ordine forense e i vincoli deontologici che ne conseguono.

59. Pertanto, la Corte nella sentenza AM&S ha consapevolmente inteso il segreto professionale dell'avvocato nel senso che la sua tutela non si estende alle comunicazioni interne all'impresa o al gruppo con gli avvocati d'impresa. Ciò emerge con particolare evidenza se si confronta la sentenza con le conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn: l'avvocato generale aveva richiamato l'ampia discussione, svoltasi nel corso di quella causa, della situazione dei giuristi d'impresa, e si era convintamente pronunciato a favore di un riconoscimento del segreto professionale anche per gli avvocati «professionalmente qualificati e soggetti alla disciplina professionale», i quali siano «impiegati a tempo pieno (...) nell'ufficio legale di imprese private» (50). Tale posizione non è stata condivisa dalla Corte nella sentenza AM&S.

60. Invero, nella sentenza AM&S il concetto di indipendenza dell'avvocato viene determinato non solo in positivo, mediante un riferimento ai vincoli deontologici (51), bensì anche in negativo, mediante la sottolineatura della mancanza di un rapporto di impiego (52), (53). Solo se un giurista è soggetto, quale avvocato, ai consueti vincoli deontologici previsti nell'Unione europea e inoltre non ha un rapporto di impiego con il suo cliente, le comunicazioni tra di loro sono protette, in base al diritto dell'Unione, dal segreto professionale dell'avvocato.

61. Tale conclusione si fonda sulla considerazione che un avvocato d'impresa, nonostante la sua iscrizione all'Ordine forense e i vincoli deontologici che ne conseguono, non gode dello stesso grado di indipendenza dal suo datore di lavoro di cui gode nei confronti dei suoi clienti un avvocato che lavora in uno studio legale esterno. In tali condizioni l'avvocato d'impresa non può

affrontare eventuali conflitti di interesse tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi e i desideri del suo cliente con la stessa efficacia di un avvocato esterno.

62. In senso contrario ad una sufficiente indipendenza di un avvocato d'impresa depone in primo luogo il fatto che questi, quale lavoratore subordinato, in molti casi è soggetto agli ordini di servizio del suo datore di lavoro e in ogni caso è inserito in pianta stabile nelle strutture dell'impresa o del gruppo di questi. Per dirla con le parole del Tribunale, l'avvocato d'impresa è «strutturalmente, gerarchicamente e funzionalmente» (54) dipendente dal suo datore di lavoro, il che, invece, non succede nel caso dell'avvocato esterno nei confronti dei suoi clienti.

63. Le ricorrenti e alcuni degli altri partecipanti al procedimento replicano che in base al diritto olandese un advocaat in dienstbetrekking, come il sig. S., quando fornisce consulenza giuridica è espressamente esonerato dagli ordini del suo datore di lavoro. A tal fine viene concluso anche un apposito patto (55) tra l'impresa e il suo avvocato interno, sottoposto al controllo dell'Ordine forense. Divergenze d'opinione in merito alla natura e al contenuto della consulenza giuridica fornita dall'avvocato d'impresa non autorizzerebbero il datore di lavoro ad adottare provvedimenti disciplinari nei suoi confronti o addirittura a licenziarlo. In caso di controversia sarebbe possibile rivolgersi sia al Raad van Toezicht, un comitato di controllo deontologico istituito dall'Ordine forense, sia ai giudici statali.

64. Siffatte cautele sono senza dubbio commendevoli. Esse rafforzano la posizione dell'avvocato d'impresa all'interno dell'impresa presso la quale lavora. Nondimeno non sono idonee a garantire all'avvocato d'impresa un'indipendenza uguale a quella di un avvocato esterno. Esse, infatti, potrebbero rimanere solo sulla carta. Anche se un'impresa si impegna contrattualmente a non impartire ordini al suo avvocato interno in merito ai contenuti della sua consulenza, in tal modo non si può assicurare che il rapporto tra l'avvocato d'impresa e il suo datore di lavoro sia effettivamente messo al riparo, nella quotidianità lavorativa, da pressioni e influenze esercitate direttamente o indirettamente. Se un avvocato d'impresa possa effettivamente fornire una consulenza giuridica indipendente dipende piuttosto, caso per caso, dal comportamento e dalla buona volontà del suo datore di lavoro.

65. A parte ciò, è lecito dubitare che nella prassi possano davvero essere puniti efficacemente tutti i casi in cui un datore di lavoro attenti, con o senza intenzione, all'indipendenza del suo avvocato d'impresa. Gli interessati, infatti, potrebbero preferire non esacerbare ogni occasione di conflitto, mettendo in tal modo continuamente di nuovo in discussione le basi per la prosecuzione della loro collaborazione. Sussiste inoltre il reale pericolo che un avvocato d'impresa, mosso da una sorta di obbedienza preventiva, dia di sua iniziativa al datore di lavoro un parere giuridico dal contenuto a questi gradito.

66. Ma quand'anche si volesse ammettere, convenendo con le ricorrenti, che cautele del tipo di quelle prescritte dal diritto olandese possano essere efficaci, ciò non sposta di una virgola la situazione di dipendenza economica in cui di solito l'avvocato dell'impresa si trova nei confronti del suo datore di lavoro: su tale tematica i partecipanti al procedimento hanno aspramente discusso sia nella fase scritta sia, soprattutto, in quella orale del procedimento dinanzi alla Corte (56).

67. Vero è che anche l'avvocato esterno in una certa misura dipende economicamente dai suoi clienti. Se un cliente non è soddisfatto della consulenza o della difesa fornitagli dal suo avvocato esterno, può togliergli il mandato o eventualmente non affidargli più nuovi incarichi in futuro; in tali ipotesi l'avvocato esterno – a differenza degli avvocati d'impresa e degli altri giuristi d'impresa – non gode di alcun tipo di tutela dal recesso del suo cliente. Per gli avvocati che vivono sostanzialmente della loro attività di consulenza e di assistenza processuale ad uno o a pochi grossi clienti, ciò può diventare un serio pericolo per la loro indipendenza.

68. Tuttavia, per gli avvocati esterni una siffatta situazione di pericolo è, e rimane, piuttosto un'eccezione, e non corrisponde alla tipica immagine di un avvocato libero professionista o di una società indipendente di avvocati. Un avvocato libero professionista di solito lavora per più clienti, il che, all'occorrenza, gli consente più agevolmente, in caso di conflitto di interesse tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi e i desideri di un cliente, di rinunciare di propria iniziativa al mandato per preservare la propria indipendenza.

69. Le cose stanno diversamente, invece, nel caso dell'avvocato d'impresa. Quale lavoratore dipendente egli si trova normalmente – e non solo in casi eccezionali – in una situazione di completa dipendenza economica dal suo datore di lavoro percependo solo da questi, sotto forma di stipendio, la parte più cospicua del suo reddito. Caso mai le regole deontologiche nazionali consentissero ad un avvocato d'impresa di svolgere anche incarichi esterni accanto alla sua attività di lavoratore subordinato per la sua impresa (57), questi, dal punto di vista economico, potrebbero avere per lui, di regola, solo un rilievo marginale, senza modificare la sua situazione di dipendenza economica dal suo datore di lavoro. Il grado di dipendenza economica di un avvocato d'impresa dal suo datore di lavoro è, pertanto, di solito incomparabilmente superiore rispetto a quello di un avvocato esterno dai suoi clienti. Tale dipendenza economica non è affatto attenuata nemmeno dalla circostanza, rilevata da alcuni dei partecipanti al procedimento, che gli avvocati d'impresa godono, in base alla normativa giuslavoristica, di una tutela dal licenziamento.

70. Alla dipendenza economica dell'avvocato d'impresa nei confronti del suo datore di lavoro si aggiunge di regola una identificazione personale con l'impresa in questione nonché con la sua politica e strategia imprenditoriale molto più forte di quella riscontrabile nel caso degli avvocati esterni rispetto all'attività commerciale dei loro clienti.

71. Tanto la sua dipendenza economica molto più forte, quanto la sua identificazione con il mandante – il suo datore di lavoro –incomparabilmente più intensa ostano ad un'estensione della tutela del segreto professionale all'avvocato d'impresa in relazione alle comunicazioni interne all'impresa o al gruppo (58).

72. Pertanto, la tesi che fa leva su tali argomenti, sostenuta dalle ricorrenti e dagli altri soggetti intervenuti a loro sostegno, deve essere respinta.

118. Al contrario, il richiamo, fatto da alcuni partecipanti al procedimento, alla familiarità dell'avvocato d'impresa con il suo datore di lavoro si rivela un'arma a doppio taglio: da un lato, tale familiarità evita all'avvocato d'impresa di dover impiegare ogni volta ex novo una gran quantità di tempo per mettersi al lavoro sulle pratiche di volta in volta affidategli, e gli consente di costruire una base di fiducia con i suoi interlocutori interni all'impresa. Dall'altro lato, proprio questa sua particolare vicinanza all'impresa e alle sue attività mette gravemente a rischio l'indipendenza dell'avvocato d'impresa (100). Gli manca quella necessaria distanza dal suo mandante – il suo datore di lavoro –, che costituisce il tratto caratteristico di una consulenza giuridica davvero indipendente.

148. Certo la ECLA giustamente rileva che i diritti fondamentali qui in gioco, attesa la loro importanza basilare, in via di principio devono essere interpretati estensivamente. Anche adottando un'interpretazione estensiva, tuttavia, il segreto professionale dell'avvocato da essi desunto non può essere esteso al di là della sua autentica ratio. Il segreto professionale dell'avvocato, infatti, non serve solo ad assicurare i diritti della difesa del cliente, ma è anche espressione dello status dell'avvocato di consulente giuridico indipendente e di «collaboratore dell'amministrazione della giustizia», che dà pareri giuridici a «chiunque ne abbia bisogno» (116). Pertanto, lo spazio libero creato dal segreto professionale per una comunicazione col cliente indisturbata e confidenziale deve essere adoperato dall'avvocato nella prospettiva di una sana amministrazione della giustizia. Per poter affrontare efficacemente conflitti di interesse tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi e i desideri del suo cliente, l'avvocato non deve mettersi in un rapporto di dipendenza dal suo cliente (117).

149. Proprio in una siffatta situazione di dipendenza si trova, invece, l'avvocato d'impresa. Come sopra esposto, l'avvocato d'impresa non solo è inserito in pianta stabile nelle strutture dell'impresa, nel cui ufficio legale lavora in qualità di lavoratore subordinato, ma si trova anche in una situazione di dipendenza economica molto più forte da tale impresa e si identifica con essa molto più intensamente di quanto avverrebbe nel caso di un avvocato esterno (118). Sussiste, quindi, un rischio strutturale che l'avvocato d'impresa – anche qualora egli, come di regola avviene, sia persona integra, animata dalle migliori intenzioni – venga a trovarsi in un conflitto di interesse tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi e i desideri della sua impresa.

181. Anche questo rilievo non coglie nel segno. Benché allo stato attuale del diritto dell'Unione la competenza a disciplinare l'esercizio della professione d'avvocato spetti pacificamente agli Stati membri (133), nell'esercizio di tale competenza, come anche in altri settori giuridici (134), essi devono tuttavia osservare il pertinente diritto dell'Unione e rispettare le competenze dell'Unione (135).

182. Come appena sopra esposto, rientra nella competenza – esclusiva – dell'Unione definire le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno nonché il contenuto e i limiti dei poteri di accertamento della Commissione quale autorità europea garante della concorrenza. Queste ultime misure non hanno, né per il loro oggetto né per la loro finalità, la specifica natura di regole relative alla professione. Esse possono avere tutt'al più in via indiretta ricadute sull'attività delle imprese interessate e degli avvocati da queste incaricati. Tali ricadute, tuttavia, sono di mero carattere generale, al pari di come numerose altre disposizioni dell'Unione e degli Stati membri relative ai più diversi settori giuridici – si pensi solo al diritto tributario, al diritto penale, alla legislazione in materia di bilanci e alla normativa sugli appalti pubblici – possono di regola influire sulla quotidianità del lavoro di imprese ed avvocati. Non può in questo ravvisarsi un'ingerenza nelle competenze degli Stati membri di disciplinare l'esercizio della professione d'avvocato".