

**Gaetano Viciconte.**

*La protection de l'indépendance de l'avocat dans le droit de l'Union Européenne*

Ringrazio la FBE per l'invito formulatomi a trattare il fondamentale tema del principio dell'indipendenza dell'avvocato. Tale principio, pur tenendo conto delle importanti enunciazioni contenute nei codici deontologici delle avvocature nazionali e nel codice del CCBE, necessita oggi di una riflessione sistematica a partire proprio dal raccordo con l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in tema di giusto processo.

L'indipendenza dell'avvocato, dunque, come elemento essenziale per il giusto processo previsto dall'art.47 della Carta.

Come è noto, sia per la ricostruzione dei principi generali sia per la definizione dei diritti enunciati dalla Carta assume un ruolo fondamentale anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, per tutte le norme che trovano una corrispondenza nella CEDU. Invero, l'art. 6, par. 2, del TUE richiama la CEDU, annoverandola tra i principi generali del diritto comunitario e, dall'altro, l'art. 52, par. 3, della Carta stabilisce che ai diritti enunciati dalla Carta medesima corrispondenti a quelli sanciti dalla CEDU debbano attribuirsi significato e portata identici a quelli conferiti dalla Convenzione mediante le decisioni della Corte EDU.

Queste disposizioni evidentemente consentono di istituire un collegamento tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e il sistema del diritto europeo, assecondando la necessità negli Stati membri di rimodulare il contenuto dei diritti fondamentali, tenendo conto delle elaborazioni che provengono da entrambi i suddetti ordinamenti sovranazionali.

In tale contesto, si può affermare che il tema dell'indipendenza della professione forense va ben aldilà dell'ambito deontologico dell'avvocatura, perché determina l'effettivo funzionamento della corretta amministrazione della giustizia.

Lo spunto è offerto dalle sentenze della CEDU, IV sez., sent. 13 marzo 2007, ric. n. 77765/01, *Lawsowska c. Polonia*; I sez., sent. 22 marzo 2007, ric. n. 8932/05, *Sialkowska c. Polonia*; I sez., sent. 22 marzo 2007, ric. n. 59519/00, *Staroszczyk c. Polonia*. Il principio espresso in queste pronunce è il seguente:

“In this connection, the Court emphasises that the independence of the legal profession is crucial for an effective functioning of the fair administration of justice. When analysing the scope of the responsibility of the State for acts of lawyers appointed under legal aid scheme, the Court must have due regard to the guarantees of such independence” (par. n.111)

Orbene, se per realizzare la garanzia del giusto processo occorre un avvocato indipendente, è necessario ripercorrere la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha affrontato il tema dell'indipendenza dell'avvocato, pur avendo escluso a partire dalla sentenza *Reyners* del 21 giugno 1974, che l'esercizio della professione forense costituisca una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri.

Conseguentemente, per la Corte di Giustizia il tema dell'indipendenza dell'avvocato non può in alcun modo prescindere dall'applicazione alla professione forense del diritto di stabilimento o del diritto alla libera prestazione di servizi, rilevando, in ogni caso, la professione forense sia per la tutela essenziale dei diritti sia per lo svolgimento di un'attività economica, in chiave di applicazione della disciplina sulla concorrenza.

E' noto l'orientamento della Corte di Giustizia, ribadito in numerose pronunce, secondo cui gli avvocati svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione. Sempre secondo tale orientamento, gli avvocati offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi.

Tuttavia, quando occorre bilanciare il rispetto delle regole di concorrenza e la tutela dell'indipendenza della professione forense, la Corte non perde l'occasione per privilegiare il corretto svolgimento della professione forense. Infatti, proprio la Corte di Giustizia con la sentenza della Sezione V, del 19/2/2002, n. 309, nel procedimento C-309/99, *Wouters e altri*, ha ritenuto che è legittimo il regolamento adottato dall'ordine forense olandese con specifico riferimento al divieto di *multi-disciplinary partnerships* tra avvocati e revisori dei conti, perché introduce regole che impongono all'avvocato di difendere il proprio cliente in piena indipendenza e nell'interesse esclusivo di quest'ultimo, evitando qualsiasi rischio di conflitto di interessi, e di rispettare rigorosamente il segreto professionale. E poiché l'attività di consulenza, esercitata dall'avvocato, può essere incompatibile con quella di controllo, esercitata dal revisore dei conti (non soggetto, in quanto tale, ad un segreto professionale analogo a quello dell'avvocato in Olanda), il divieto controverso appariva necessario al buon esercizio della professione forense.

Significativo il passaggio della sentenza in cui si dice espressamente che un regolamento relativo alla collaborazione tra gli avvocati e altre professioni liberali adottato da un ente quale l'ordine degli avvocati di uno Stato membro non viola l'art. 85 n. 1 del trattato, dato che tale ente ha potuto

ragionevolmente ritenere che la detta normativa, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad essa inerenti, risultasse necessaria al buon esercizio della professione di avvocato così come organizzata nello Stato membro interessato.

D'altra parte, però, la Corte di Giustizia, quando viene chiamata ad operare il bilanciamento tra ordine pubblico e segreto professionale forense, con la sentenza del 26/7/2007, n.305, *Ordine avvocati Francia e Germania*, afferma che l'obbligo di segnalazione di alcune operazioni sospette, posto a carico di avvocati e di altri professionisti legali, previsto nelle direttive comunitarie antiriciclaggio, non è in contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con i principi generali del diritto comunitario richiamati dall'art. 6 del trattato Ue.

Il rispetto al diritto all'equo processo, che include quello alla difesa per assicurare il quale è necessario garantire la confidenzialità nei rapporti tra cliente e avvocato, è tutelato dalle direttive comunitarie in modo adeguato, laddove la direttiva dispone un'esenzione dall'obbligo di segnalazione per le attività connesse allo svolgimento di un procedimento giudiziario.

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 6 settembre 2012 nelle cause riunite C-422/11 P e C-423/11 P (*Prezes e Polonia contro Commissione*) ritorna ad occuparsi sia della funzione svolta dall'avvocato sia del principio di indipendenza che la deve guidare. In particolare, la Corte ha affermato che *“La concezione della funzione dell'avvocato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, emanante dalle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri e su cui si fonda l'articolo 19 dello Statuto della Corte, è quella di una collaborazione con l'amministrazione della giustizia e di un'attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore di quest'ultima, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno (v., in tal senso, sentenze del 18 maggio 1982, AM & S Europe/Commissione, 155/79, Racc. pag. 1575, punto 24, e Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione, cit., punto 42, e ordinanza del 29 settembre 2010, EREF/Commissione, cit., punto 52).”* Con riferimento al principio di indipendenza la stessa Corte ha ritenuto che: *“il requisito di indipendenza dell'avvocato implica l'assenza di qualsiasi rapporto di impiego tra quest'ultimo ed il suo cliente (v. ordinanza del 29 settembre 2010, EREF/Commissione, cit., punto 53 e giurisprudenza citata)”,* in quanto *“il concetto di indipendenza dell'avvocato viene determinato non solo in positivo, mediante un riferimento alla disciplina professionale, bensì anche in negativo, vale a dire con la mancanza di un rapporto di impiego (sentenza Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione, cit., punto 45).”*

La Corte di Giustizia si è ancora di recente pronunciata sulla funzione dell'avvocato e sul principio di indipendenza della professione forense, con la sentenza del 12 giugno 2014 nella causa C-314/13.

La questione riguardava i poteri dell'autorità nazionale in ordine alla possibilità che il ricorso avverso le misure restrittive previste nei confronti della Bielorussia da un regolamento UE potesse essere introdotto anche senza la difesa tecnica dell'avvocato. La Corte ha stabilito che l'autorità nazionale deve esercitare le sue competenze nel rispetto dei diritti sanciti dall'articolo 47, secondo comma, seconda frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ritiene indispensabile la rappresentanza di un avvocato per proporre un siffatto ricorso dinanzi ai giudici europei. **Nell'assumere tale decisione, la Corte ha ribadito il principio già espresso in precedenti pronunce ovvero che il requisito posto dall'articolo 19 dello Statuto della Corte di giustizia trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'avvocato è considerato come un soggetto che svolge un'attività di collaborazione con l'amministrazione della giustizia, chiamato a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore di quest'ultima, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno** (v., in tal senso, sentenze AM & S Europe/Commissione, 155/79, EU:C:1982:157, punto 24; Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione, C-550/07 P, EU:C:2010:512, punto 42, nonché Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Polonia/Commissione, C-422/11 P e C-423/11 P, EU:C:2012:553, punto 23).

Significativa è, tuttavia, nella recente pronuncia proprio il collegamento tra la realizzazione del giusto processo di cui all'art.47 della Carta e la garanzia della difesa tecnica a mezzo di un avvocato.

Le pronunce richiamate esprimono il profondo rispetto da parte della Corte per l'attività professionale forense, mediante la ricerca del giusto equilibrio tra la disciplina sulla concorrenza e la specificità della nostra attività. Non altrettanto si può dire in alcuni paesi, come l'Italia, per il particolare attivismo che si riscontra da parte dell'Autorità Antitrust nazionale, la quale applica agli avvocati gli strumenti tipici dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese commerciali, senza considerare, invece, che sarebbe indispensabile operare un bilanciamento con le esigenze di autogoverno dell'avvocatura.

E' proprio nell'esercizio dell'autogoverno dell'avvocatura che è stato attribuito un ampio significato del principio di indipendenza nella professione forense nella Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, adottata dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE) a Bruxelles il 24 novembre 2006, secondo cui:” *Gli avvocati debbono essere politicamente, economicamente e intellettualmente liberi di esercitare il proprio compito di consigliare e rappresentare i clienti. Ciò significa che l'avvocato deve essere indipendente dallo Stato, dalle fonti di potere e dai poteri economici, e non deve permettere che la sua indipendenza sia compromessa da pressioni indebite esercitate da soci in affari. L'avvocato deve anche restare indipendente dal suo cliente se vuole*

*ottenere la fiducia dei terzi e dei giudici. Invero, senza l'indipendenza dal cliente non può esserci alcuna garanzia della qualità del lavoro dell'avvocato. La condizione di esponente di una professione liberale e il potere che ne deriva aiutano l'avvocato a restare indipendente, e gli Ordini forensi debbono svolgere un ruolo importante per salvaguardare tale indipendenza. L'autoregolamentazione dell'avvocatura è essenziale per conservare l'indipendenza dell'avvocato. È risaputo che nelle società non liberali viene impedito agli avvocati di difendere i loro clienti e che essi possono rischiare di essere arrestati o uccisi nell'esercizio della loro professione.”*

Il principio appena ricordato espresso dalla Carta acquista valore di norma deontologica, all'art. 2.1 del Codice deontologico degli avvocati europei, secondo cui: *”I numerosi obblighi a carico dell'avvocato rendono necessaria la sua assoluta indipendenza da qualsiasi pressione e in particolare da quelle esercitate da suoi interessi personali o da influenze esterne. Questa indipendenza è necessaria per la fiducia nella giustizia quanto l'imparzialità del giudice. L'avvocato deve pertanto impedire ogni attentato alla propria indipendenza e fare attenzione a non venir meno alle norme deontologiche per compiacere i clienti, i giudici o terzi.*

*Tale indipendenza è necessaria per l'attività giuridica come per quella giudiziaria. I consigli dati da un avvocato al proprio cliente non hanno valore se sono impartiti per compiacerlo, per interesse personale o sotto l'effetto di una pressione esterna.”*

Le norme deontologiche richiamate prevedono che le fonti delle possibili influenze improprie sull'avvocato possono essere classificate in tre categorie ovvero l'indipendenza dal potere statale e dai giudici, l'indipendenza dall'influenza impropria derivante da relazioni con terzi, nonché l'indipendenza dal cliente.

Mi soffermerò in questa sede sulle questioni relative all'indipendenza dal potere statale e dai giudici, rinviando, invece, alla disciplina delle norme deontologiche nazionali per gli altri aspetti.

La recente alterazione dei rapporti tra avvocatura e potere politico, in alcuni paesi come la Turchia e la Tunisia, consentono di dare sempre più risalto alla tutela dell'indipendenza dell'Avvocatura dalle autorità statali.

Come sottolineano **Hazard e Dondi**, nel loro libro *“Etiche della professione legale”* molti avvocati svolgono la propria professione con una funzione spesso antagonista rispetto alle attività in genere svolte dai pubblici funzionari (difesa dell'imputato oppure difesa di soggetti singoli o collettivi nei confronti della p.a.). Del resto, il mantenimento di una distanza appropriata fra l'apparato statale e i membri della professione costituisce un elemento essenziale, fondante ogni moderno regime costituzionale. In tale contesto, un fattore fondamentale dei sistemi processuali è costituito dal diritto

di sindacare l'operato dell'autorità statale, con l'assistenza di un avvocato, il quale dovrà essere indipendente rispetto al potere dello Stato.

E' importante rilevare come nelle diverse tradizioni giuridiche, le fonti di tali influenze vengono identificate in maniera difforme. In Francia, Italia e Germania è enfatizzato l'aspetto dell'indipendenza dell'avvocatura dal potere statale.

In Cina la responsabilità degli avvocati verso lo Stato ha assunto priorità rispetto a quella nei confronti dei clienti, in quanto gli avvocati possono essere puniti per aver sfidato impropriamente l'autorità dei funzionari pubblici

Negli Stati Uniti, invece, la previsione di limiti rispetto a ciò che un avvocato può fare per un cliente è considerata da molti avvocati americani come una grave interferenza sull'indipendenza della professione.

Uno strumento di garanzia dell'indipendenza dell'avvocatura è certamente il suo autogoverno o quantomeno l'assunzione di un ruolo molto rilevante rispetto alla regolamentazione della professione da parte dei poteri pubblici.

La Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo enuncia espressamente il principio secondo cui *“una delle caratteristiche delle società illiberali è il controllo, palese o occulto, dello Stato sull'avvocatura e sull'attività degli avvocati. Vi sono sostanzialmente due modi possibili di disciplinare la professione forense: la disciplina statale e l'autoregolamentazione dell'avvocatura. In molti casi lo Stato, riconoscendo l'importanza dei principi fondamentali, utilizza la legislazione per diffonderli, per esempio emanando norme vincolanti in materia di segreto professionale, o delegando agli ordini forensi poteri normativi vincolanti per l'emanazione delle norme professionali. È convinzione del CCBE che solo un forte grado di autoregolamentazione possa garantire l'indipendenza professionale degli avvocati rispetto allo Stato: senza garanzia di indipendenza, gli avvocati non possono adempiere il loro compito professionale e giuridico.”*

In concreto, la nozione di indipendenza deve essere presidiata dall'autogoverno dell'Avvocatura, in quanto mediante il suo esercizio vengono prodotte le norme deontologiche, le quali, se riconosciute all'esterno della categoria, rappresentano la massima espressione di autoregolamentazione.

Un ulteriore importante tema è quello dell'autonomia dal potere giudiziario.

Tanto negli ordinamenti di civil law, in cui i magistrati seguono percorsi di carriera completamente separati da quelli degli avvocati, quanto in quelli di common law, in cui i giudici provengono

dall'avvocatura devono essere evitati i comportamenti comunemente definiti come *appearance of impropriety*.

E' in ogni caso notevole il potere che la magistratura esercita rispetto alla condotta degli avvocati in sede di giudizio. Il Giudice, infatti, può sanzionare le condotte degli avvocati, sanzionare gli atti processuali redatti dagli avvocati, deferire alle competenti autorità disciplinari la valutazione dei comportamenti degli avvocati.

Uno strumento di tutela dell'indipendenza dell'Avvocatura nei confronti dell'autorità giudiziaria è costituito dalla tutela del segreto professionale. Sul tema del segreto professionale l'art. 2.3 del Codice deontologico degli avvocati europei prevede che l'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale è diretto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia sia quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato.

E' difficile stabilire un adeguato bilanciamento tra l'indipendenza dallo stato e la responsabilità professionale dell'avvocato, in quanto ciò che per l'avvocatura può costituire una resistenza energica all'oppressione dell'autorità, per lo stato rappresenta invece un ostruzionismo alla giustizia.

Un tema che sottopongo alla Vostra attenzione e che rappresenta un problema che di recente si è posto nell'ordinamento italiano è il seguente: se è compatibile con l'indipendenza dell'avvocato prevedere sanzioni processuali rilevanti per la proposizione di giudizi nei quali si affermano tesi che contrastano con l'orientamento consolidato assunto dalla giurisprudenza. La scelta del legislatore italiano è stata netta nell'introdurre sanzioni processuali sia nel processo civile sia nel processo amministrativo, allo scopo di deflazionare il relativo contenzioso. Tale soluzione suscita molte perplessità, in considerazione della limitazione all'apporto delle tesi che gli avvocati possono sostenere nel processo, venendo meno di fatto quella funzione di stimolo verso un percorso evolutivo della giurisprudenza, con conseguente menomazione del principio di indipendenza dell'avvocatura.

Il rimedio potrebbe essere solo quello della incostituzionalità delle norme che introducano tali sanzioni processuali, tenuto conto del principio del giusto processo enunciato sia all'art.47 della Carta sia all'art.6 della CEDU.

Ritorna, pertanto, il tema dell'indipendenza dell'avvocatura in relazione all'obiettivo del giusto processo, a dimostrazione del fatto che, per quest'ultima e per tutte le questioni che sono state finora trattate, le norme che regolano l'attività professionale forense devono essere espressione della visione che gli avvocati hanno dei loro doveri e del loro ruolo all'interno dell'ordine costituzionale.