

Current challenges around legal privilege and professional secrecy
“Riservatezza e segreto professionale: analogie, differenze, contesti evolutivi”

FBE intermediate Meeting in Palermo, 17th-19th November

1. Premessa

Nell'ultimo ventennio, i radicali cambiamenti e rivolgimenti della situazione geopolitico- strategica globale, oltre che il progresso tecnologico, che ha minimizzato, quando non addirittura annullato, le distanze geografiche, attraverso la più massiccia delle rivoluzioni in termini di modalità di comunicazione elettronico – digitale (si pensi ad esempio alle e-mail, agli sms e ai whatsapp ect.), hanno comportato altrettante profonde modifiche o varianti alle modalità di svolgimento della professione forense.

Quanto sopra ha creato diverse situazioni di criticità in merito alla questione riservatezza, si pensi, a titolo di esempio, all'introduzione di obblighi di comunicazione alle pubbliche autorità, volti a collaborare nella prevenzione di comportamenti illeciti (come è accaduto con la normativa antiriciclaggio), oppure, alla possibile assenza di chiare garanzie procedurali sull'opera di *“filtraggio”* delle informazioni, nel corso di perquisizioni informatiche.

2. La riservatezza ed il segreto professionale: disciplina deontologica, normativa e giurisprudenziale.

2.1 – Il segreto professionale rappresenta un principio fondamentale del nostro sistema giuridico in quanto è posto a tutela del diritto alla difesa e del diritto all'indipendenza dell'avvocato.

E' riconosciuto dai codici deontologici nazionali⁽¹⁾ e dal Codice di deontologia degli avvocati europei adottato dal CCBE, che, all'art. 2.3, relativo al segreto professionale, dispone che *“è nella natura stessa della funzione dell'avvocato che egli sia depositario dei segreti del suo cliente e destinatario di comunicazioni riservate. Senza la garanzia della riservatezza, non può esservi fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere fondamentale e primario dell'avvocato”*.

Grazie alla riservatezza delle comunicazioni è così possibile instaurare rapporti collaborativi, che consentono di tutelare efficacemente il diritto alla difesa

(¹) Nel sistema giuridico italiano, si vedano l'art. 6 L. 247/2012 e gli artt. 13, 28 del Codice Deontologico Forense (CDF). In particolare, l'art. 28 del CDF considera il segreto professionale come un *“dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato”*. Esso si estende all'attività prestata dal legale e a tutte le informazioni che il cliente e la parte assistita gli abbiano fornito e a quelle delle quali l'avvocato sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato. Vi sono alcuni casi, tuttavia, in cui il segreto professionale non va necessariamente rispettato. La divulgazione delle notizie delle quali l'avvocato è venuto a conoscenza nel corso dello svolgimento del proprio incarico è infatti consentita: - laddove risulti necessaria per lo svolgimento dell'attività di difesa affidatagli; - laddove sia necessaria per impedire che venga commesso un reato di particolare gravità; - al fine di allegare circostanze di fatto in una controversia che vede l'avvocato contrapposto al proprio cliente o al proprio assistito; - nell'ambito di una procedura disciplinare. La divulgazione, nelle predette ipotesi, è consentita ma con un'importante limitazione: *non si potrà divulgare più di quanto sia strettamente necessario per il fine che si intende tutelare.*

dell'assistito, garantendo, nel contempo, all'avvocato la possibilità di svolgere la funzione di "*collaboratore dell'amministrazione della giustizia*" (art. 2.3).

In assenza delle predette garanzie, il diritto alla difesa e l'indipendenza dell'avvocato possono subire impatti gravemente negativi.

2.2 – La riservatezza ed il segreto professionale non sono riconosciuti e protetti nelle diverse legislazioni allo stesso modo. Le relative discipline vengono generalmente ricondotte a due differenti tradizioni, radicatesi nei diversi ordinamenti giuridici.

Il primo sistema, tipico degli ordinamenti di *Common Law*, riconosce il "*Legal Professional Privilege*" quale diritto del cliente di scambiare informazioni con il proprio legale, che non può divulgarle senza il consenso del cliente.

Nei sistemi del *Civil Law*, il "*Professional secrecy*" rappresenta un diritto ed, allo stesso tempo, un dovere dell'avvocato. Si applica agli avvocati indipendenti e non ai legali d'impresa (c.d. "*In-house lawyers*"), fatta salva l'eccezione di alcune giurisdizioni. Ha per oggetto fatti e circostanze, riferiti dal cliente, nel corso dell'attività di assistenza giudiziale o di consulenza legale. Non è sufficiente il consenso del cliente per la divulgazione delle notizie, in quanto non si tratta solo di un suo diritto ma di un obbligo dell'avvocato.

Negli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione, generalmente riconducibili alla tradizione di *Civil Law*, il diritto alla segretezza è disciplinato grazie alla previsione di leggi ordinarie, se non addirittura costituzionali.

In considerazione delle diverse discipline, nei rapporti transnazionali, il legale dovranno osservare non solo la disciplina del paese ove si opera, ma anche quella del paese in cui la questione viene trattata ⁽²⁾.

2.3 – Queste due storiche tradizioni hanno trovato un comune terreno d'incontro nell'ambito dell'ordine giuridico derivante dai Trattati comunitari e dell'Unione europea, nonché in quello promanante dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

La legislazione comunitaria non contiene disposizioni esplicite relative alla protezione delle informazioni coperte dal segreto professionale.

Tuttavia, nel diritto dell'Unione, il segreto professionale dell'avvocato riveste il "*rango di principio giuridico generale avente natura di diritto fondamentale*", grazie al riconoscimento operato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia (ECJ).

⁽²⁾ Si veda l'art. 2.4 del Codice di deontologia CCBE che in merito al "Rispetto della deontologia di altri ordini forensi", precisa che "*gli avvocati che compiono attività transnazionali devono rispettare le norme deontologiche dello Stato membro ospitante; e devono quindi informarsi sulle norme deontologiche alle quali sono soggetti nell'esercizio di tali attività*".

La Corte Europea dei diritti dell'uomo tutela il diritto alla riservatezza, ora sulla base dell'art. 6 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁽³⁾⁽⁴⁾, che disciplina il diritto ad un processo equo, ora richiamando l'art. 8 della CEDU, (relativo al „rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”), ricomprendendo al suo interno anche il segreto professionale ⁽⁵⁾.

La protezione del segreto professionale è stata, inoltre, oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia, che ne ha dettato la disciplina e delimitato l'ambito di applicazione, in particolare, con i casi: AM&S European Limited v. Commissione Europea (ECJ 18.05.1982, causa C-155/79); Akzo Nobel (ECJ 14.09.2010, causa C-550/07P).

La Corte di Giustizia ha riconosciuto che, a livello di Unione, la riservatezza delle informazioni scambiate fra avvocato e cliente rappresenta un generale principio di diritto comune, che opera in presenza di due condizioni ovvero deve trattarsi di una comunicazione: (i) scambiata ai fini dell'esercizio del diritto alla difesa; (ii) con un avvocato indipendente (non legato al cliente da rapporto d'impiego).

3. Sviluppi applicativi e limiti della tutela della riservatezza nelle comunicazioni legali

3.1 Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le comunicazioni degli avvocati *in-house*, in quanto dipendenti delle imprese, non sono coperti dalla riservatezza.

Non si può tuttavia sottacere il fatto che, nell'ambito della comunità legale, è tutt'ora in corso un animato e vivace dibattito circa la possibilità o meno di estendere il beneficio della riservatezza delle comunicazioni, anche alla categoria dei legali d'impresa, specie alla luce di recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali in ambito europeo ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Si vedano le sentenze Niemietz v. Germania del 16.12.1992, n. 13710/88 o nella sentenza Michaud v. France del 6.12.2012, n. 118 – 119);

⁽⁴⁾ Sono stati anche richiamati gli articoli 7, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (rispetto delle comunicazioni; diritto di farsi consigliare, difendere e rappresentare, rispetto del diritto di difesa).

⁽⁵⁾ Si vedano i casi: *Pruteanu v. Romania* 03.02.2015; *Brito Ferrinho Bexiga Villa- Nova v. Portugal*, 01.12.2015; *Foxley v. Regno Unito*, 29.09.2000, n. 33274/96; *Kopp v. Svizzera* del 25.03.1998, n. 23224/94).

La Corte, in talune occasioni (Casi: *Klass and Others v. Germany* 06.09.1978; *Michaud v. France* 06.12.2012 e *Klus Muller v. France* 19.11.2020) ha riconosciuto che lo stesso Art. 8 prevede un limite all'ampiezza del diritto in parola, consistente nella legittimità di un'ingerenza da parte dell'autorità pubblica nella vita privata della persona (anche nella sua declinazione di segreto professionale) qualora tale ingerenza sia: prevista dalla legge; necessaria alla tutela della sicurezza pubblica o della nazione, del benessere economico del paese, della protezione della salute e della morale.

⁽⁶⁾ In Italia, l'art. 2 comma 6 L. 31.12.2012, n. 247, disciplina la figura del legale interno, a cui è consentito l'esercizio dell'attività di consulenza ed assistenza legale stragiudiziale per la società per cui lavora, ma non gli viene riconosciuto il diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

Si pensi al caso della Spagna, dove lo “*Statuto generale*” dell’avvocatura, approvato il 3 marzo 2021, ed entrato in vigore il 1 luglio 2021, estende il segreto professionale anche ai legali d’impresa.

Con uno sguardo alla situazione francese, ove la *Cour de Cassation* ha recentemente riconosciuto il “*legal privilege*” alla corrispondenza aziendale prodotta dai legali “*in house*”, riferita ad un’attività di *audit*, anche se non scambiata direttamente con i legali esterni ⁽⁷⁾.

Merita, infine, di essere ricordata anche l’esistenza di consulenti esterni che operano, per lo più, assistendo un singolo grande cliente.

Sarebbe, pertanto, forse il caso di domandarsi se le argomentazioni della Corte di Giustizia sull’imparzialità degli avvocati interni, siano o meno, ancora in linea con l’esercizio pratico delle funzioni legali e riflettano il modo di operare degli uffici legali interni.

3.2 Sotto altro profilo, da diversi anni, i governi stanno cercando di limitare il diritto alla riservatezza attraverso normative che si propongono di perseguire la lotta contro il terrorismo, il riciclaggio di denaro illecito e le attività delle associazioni criminali internazionali, si pensi alle comunicazioni previste dalla normativa antiriciclaggio e dalla DAC6 sui meccanismi transfrontalieri di *tax planning*.

L’Unione europea, per contrastare il riciclaggio di capitali illeciti, ha introdotto una serie di direttive, recepite nell’ordinamento italiano dal D.Lgs. 231/07 e successive modifiche.

La normativa antiriciclaggio impone in particolare ai soggetti obbligati, tra i quali rientrano gli avvocati, di effettuare alle competenti autorità una segnalazione (c.d. segnalazione di operazioni sospette), quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che sono state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Tale segnalazione è coperta da riservatezza e non può essere comunicata, a pena di sanzione penale, a soggetti diversi dalle preposte autorità.

Tale obbligo di segnalazione, che può riguardare anche attività illecite o potenzialmente illecite del cliente, non sussiste però nel caso in cui il professionista riceva le informazioni “nel corso dell’esame della posizione giuridica o dell’espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento innanzi a un’autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento” (art. 35 comma 5 D.Lgs. 231/07).

(7) Si tratta del caso Ch. Criminelle, del 26 gennaio 2022, n. 17-87.359. La Cour de Cassation, con particolare riferimento alle e-mail scambiate tra i legali interni e i vertici aziendali, ha rilevato che, sebbene questi documenti non provenissero o non fossero indirizzati ad un avvocato, essi riportavano la strategia di difesa elaborata dal legale esterno, e, pertanto, la loro acquisizione avrebbe violato il diritto di difesa della parte.

Va, inoltre, segnalato che, **il 20 luglio 2021, la Commissione europea** ha avviato la riforma della normativa antiriciclaggio europea, con la pubblicazione dell'*"AML Package"*. Il pacchetto legislativo si compone di quattro proposte (3 regolamenti e una sesta direttiva antiriciclaggio), in attuazione dell'*Action Plan* del 2020. L'intervento è volto a un'armonizzazione più stringente degli obblighi antiriciclaggio per gli operatori, al rafforzamento dei poteri e della cooperazione delle autorità, alla creazione di una *Anti Money Laundering Authority* (AMLA) europea, con compiti di supervisione antiriciclaggio e di supporto e coordinamento delle Financial Intelligence Units (FIU).

La proposta di regolamento include tra i *"soggetti obbligati"* alla segnalazione i *"liberi professionisti legali"* (art. 3 punto 3, lett. b), confermando che *"gli avvocati e altri liberi professionisti legali (...) sono esentati (...) nella misura in cui tale esenzione riguarda informazioni che essi ricevono o ottengono sul cliente, nel corso dell'esame della sua posizione giuridica o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, a prescindere dal fatto che le informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso"* (art. 51. Comma 2).

3.3 Vanno, infine, segnalate le recenti iniziative a livello europeo ed internazionale, volte ad evidenziare il ruolo dei c.d. *"facilitatori"*, tra i quali i legali, nella commissione di attività illecita, che potrebbero preparare le istituzioni europee ad una nuova tornata riformistica, che andrebbe ad integrare gli attuali strumenti di repressione della pianificazione e della evasione fiscale ⁽⁸⁾.

Nel 2021, l'OCSE ha redatto un rapporto sulla corruzione e l'integrità dal titolo *"Ending the Shell Game. Cracking down on the Professionals who enable Tax and White Collar Crimes"*.

In questo rapporto viene evidenziato il ruolo di *"facilitatori"* svolto da avvocati, contabili ed istituzioni finanziarie, grazie alle conoscenze specifiche di cui dispongono, nella realizzazione di reati tributari e finanziari, in particolare, attraverso la costruzione di complesse strutture finanziarie, volte a conferire un volto legale a comportamenti di tutt'altra natura e, sulla necessità di reprimere queste attività.

⁽⁸⁾ La direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, che modifica la direttiva relativa alla cooperazione amministrativa nel settore dell'imposizione (diretta) ("DAC6"), impone agli intermediari dell'UE di comunicare alle amministrazioni fiscali degli Stati membri le informazioni sui meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, che potrebbero essere utilizzati per la pianificazione fiscale aggressiva. L'obiettivo principale della DAC 6 è fornire alle amministrazioni fiscali informazioni sui meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi, in modo che possano reagire alle pratiche fiscali dannose e colmare le lacune mediante l'adozione di norme o l'esecuzione di valutazioni del rischio e audit fiscali approfonditi. Tali audit e/o conseguenze fiscali, sono, in linea di principio, rivolti al contribuente e non al facilitatore coinvolto nel meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica.

Analogamente, le amministrazioni fiscali dispongono di meccanismi antielusione, come la direttiva anti - elusione (ATAD) , rivolti ai contribuenti ma non colpiscono coloro che facilitano la messa in atto di tali strutture.

Il rapporto affronta anche la questione di come possano essere introdotte disposizioni per contrastare l'attività di professionisti "*facilitator*": ad esempio, al capitolo 3, punto n. 3.1, par. 44 viene inclusa la possibilità di "*abolire il segreto professionale relativo alle informazioni riservate in possesso di professionisti facilitatori direttamente indagati per un reato fiscale o economico*".

Con questa iniziativa l'OCSE, si allinea alla *policy* della **Commissione europea**, che, tra le altre, ha indetto una consultazione pubblica, che si è conclusa il 12 ottobre 2022, con lo scopo di intensificare la lotta all'evasione fiscale e alla pianificazione fiscale aggressiva nell'Unione Europea.

L'intento della Commissione è quello di raccogliere le opinioni delle parti interessate sul ruolo dei fattori abilitanti che contribuiscono all'evasione fiscale e alla pianificazione fiscale aggressiva, ivi incluso il ricorso a professionisti facilitatori, oltre che sull'entità del problema, la necessità di un'azione dell'UE e le potenziali risposte politiche ⁽⁹⁾.

4. Conclusioni

In questo scenario, gli Ordini forensi, al fine di difendere al meglio il diritto alla riservatezza, così come, di assicurarne un'interpretazione aderente ai suoi obiettivi, dovrebbero:

- elaborare, attraverso un approfondito studio comparatistico, una normativa comune in tema di riservatezza e

prendere posizione pubblica sulla normativa che risulta non in linea con tale diritto-dovere.

⁽⁹⁾ La consultazione è rivolta a Stati membri e autorità pubbliche, associazioni di categoria (con specifico riferimento a quelle che si occupano di consulenza fiscale e generici servizi di natura tributaria), ma anche ad individui ed Ong, esponenti della dottrina ed accademici.