

Il 'legal privilege' come principio fondamentale ed i suoi limiti: il caso della normativa antiriciclaggio

di Amedeo Barletta

...even strongly activist governments hesitate to require counsel to turn against their client and some form of attorney-client privilege tends to be recognized.

M.DAMAŠKA, *The faces of Justice and State authority*, Yale, 1996, p. 175

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. I fondamenti del legal privilege; 3. I limiti del privilegio; 4. L'esperienza nordamericana; 5. La soluzione europea; 6. Conclusione.

1. Il diritto dell'Unione europea, soprattutto a seguito dell'onda 'securitaria' determinatasi a partire dagli attentati del settembre 2001, ha rafforzato la legislazione tesa a contrastare il riciclaggio di capitali illeciti. Tali iniziative normative, sollecitate anche a livello globale (importante in questo senso il ruolo del FATF-Financial Action Task Force¹), si sono concretizzate, a livello continentale, in una serie di atti tra cui le direttive 2001/97/CE (recante modifica alla 91/308/CEE) e 2005/60/CE. Queste hanno provveduto ad inserire nell'ordinamento dell'UE (e dunque degli Stati membri) una serie di stringenti obblighi di comunicazione per i professionisti nell'ipotesi che vengano a contatto con operazioni economiche sospette nel senso di attività economico-finanziarie che appaiano idonee ad integrare il reato di riciclaggio di capitali illecitamente costituiti².

¹ Si tratta del più importante organo della collaborazione internazionale contro il Riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo. Il GAFI è stato fondato a Parigi nel 1989 in ambito OCSE. Il suo compito principale è scoprire metodi del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, di sviluppare raccomandazioni per efficaci contromisure nonché di unificare la politica della lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo a livello mondiale attraverso requisiti minimi. Le sue "40 Raccomandazioni" costituiscono uno standard riconosciuto internazionalmente, che uno Stato dovrebbe seguire per combattere efficacemente il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo.

² L'articolo 2bis della direttiva 91/308/CEE, così come modificata dalla direttiva 2001/97/CE, prevede ad esempio: "Gli Stati membri provvedono affinché gli obblighi stabiliti dalla presente direttiva vengano imposti ai seguenti enti: [...]nonché alle seguenti persone giuridiche o fisiche quando agiscono nell'esercizio della loro attività professionale:[...]"

5) notai e altri liberi professionisti legali, quando prestano la loro opera:

a) assistendo i loro clienti nella progettazione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:

i) l'acquisto e la vendita di beni immobili o imprese commerciali;

ii) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni dei clienti;

iii) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;

Natura e contenuto di tali obblighi di comunicazione appaiono però di dubbia legittimità, in grado di determinare un contrasto, ove non correttamente interpretati, con principi fondamentali dell'ordinamento, soprattutto quando si impongono ad avvocati e consulenti legali indipendenti³.

Ciò in quanto a livello europeo tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia in più occasioni, prevedono privilegi e situazioni di particolare favore per gli avvocati e i consulenti legali indipendenti, nel senso, per dirla con David Edward, per lungo tempo giudice alla Corte comunitaria: "che la legge protegge contro rivelazioni di informazioni comunicate in maniera confidenziale da un cliente al proprio avvocato", garantendo regole severe per la perquisizione ed il sequestro di documenti che si trovino nell'ufficio dell'avvocato⁴.

2. Questi privilegi sono per lo più riconosciuti sulla base di due differenti tradizioni radicatesi nei diversi ordinamenti giuridici: si tratta del tradizionale "*Legal Professional Privilege*", tipico degli ordinamenti anglosassoni e di Common law e del "*Secret professionnel*", affermatosi soprattutto nelle grandi codificazioni continentali e che ha generalmente una portata che va anche al di là della professione forense e dell'attività di consulenza legale⁵.

iv) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;

v) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di trust, società o strutture analoghe;

b) o, agendo in nome e per conto del loro cliente in una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare".

L'art. 6 prevede invece che: "1. Gli Stati membri provvedono a che gli enti e le persone cui si applica la presente direttiva nonché i loro amministratori e dipendenti collaborino pienamente con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio:

a) comunicando a tali autorità, di propria iniziativa, ogni fatto che possa costituire indizio di riciclaggio;

b) fornendo a queste autorità, a loro richiesta, tutte le informazioni necessarie in conformità delle procedure stabilite dalla legislazione vigente. [...]

3.[...] Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare gli obblighi di cui al paragrafo 1 ai notai, ai professionisti legali indipendenti, ai revisori, ai contabili esterni e ai consulenti tributari con riferimento alle informazioni che essi ricevono da, o ottengono su, un loro cliente, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale provvedimento compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso."

³ Sul punto si ricorda la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee che riconosce la tutela del privilegio professionale ai soli avvocati indipendenti escludendo quelli incardinati negli uffici legali delle imprese: Sentenza del 18 maggio 1982, nella causa C-155/79, AM&S Europe limited c. Commissione, posizione ribadita da ultimo dal tribunale di primo grado nella Sentenza del 17 settembre 2007, in cause riunite T-125/03 e T-253/03, Akzo Nobel.

⁴ D.A.O. Edward, *The professional secret, confidentiality and legal professional privilege in the nine Member States of the European Community*, Commission Consultative des Barreaux Européennes Report (CCBE), 1976, p. 3.

⁵ Si vedano: P.Lambert, *Le secret professionnel*, Bruxelles, 2005; E.Janssens, J.Meerts (a cura di), *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, Bruxelles, 2003; R.Pattenden, *The laws of professional-client confidentiality*, Oxford, 2003; D.Le Grand de Belleruche, *L'avocat français et le solicitor anglais : le secret professionnel dans une dimension européenne*, in: Les petites affiches, 394e année (2005), no. 60, pp. 3-8; M.Van de Kerchove, *Fondements axiologiques du secret professionnel et de ses limites*, in: Le secret professionnel, Bruxelles, 2002, p. 9 ss.; S.Ciani, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*, Cassazione penale, 1998, vol. 3, p. 840.

Queste due storiche tradizioni hanno dovuto necessariamente incontrare un terreno comune nell'ambito dell'ordine giuridico derivante dei 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).

Si tratta, dunque, di un rilevante esempio di convergenza delle tradizioni legali degli Stati membri che trovano un punto di incontro, un terreno comune appunto, nell'ordinamento giuridico europeo (inteso come quello promanante dall'Unione europea e dalle sue istituzioni, nonché dal Consiglio d'Europa con la sua Corte).

Il 'privilegio' riconosciuto a favore degli avvocati - tipico di tutti gli ordinamenti riconducibili alla tradizione dello Stato di diritto o della *Rule of law* - rappresenta uno strumento necessario al buon funzionamento di un efficiente ed equo modello processuale e giudiziario: si tratta di dotare l'avvocatura di quegli strumenti necessari alla gestione della vicenda giudiziaria nell'interesse non solo della parte ma dell'intero sistema.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto senza esitazioni l'esistenza di un *legal privilege*, fondandolo sugli articoli 6 ed 8 della Convenzione europea, considerando tale privilegio come funzionale ad una corretta amministrazione della Giustizia: "*It has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by article 6 of the Convention*"⁶. A tale pronuncia ha fatto seguito l'*affaire* Foxley c. UK del 20 giugno 2000; in occasione della sentenza emessa in questo caso i giudici di Strasburgo hanno avuto occasione di ricordare e riaffermare l'importanza di tale principio: "*Principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client*" (p. 44)⁷.

Tale stretta connessione tra efficienza del sistema giudiziario e posizione dell'avvocato è ben chiara anche nella giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee (oltre che, come vedremo, nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti).

Per quanto riguarda il riconoscimento del *legal privilege* come principio del diritto comunitario una tappa fondamentale nell'affermazione della sua esistenza è rappresentata dalla sentenza AM&S Europe. La Corte di giustizia fa una accurata ed ampia analisi degli ordinamenti giuridici degli Stati membri giungendo alle seguenti conclusioni: "*[...]Il diritto comunitario, derivante da una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica, fra gli Stati membri, deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti di questi Stati per quanto riguarda il rispetto della riservatezza relativamente, fra l'altro, a talune comunicazioni fra gli avvocati ed i loro clienti. Questa riservatezza risponde infatti all'esigenza, la cui importanza è riconosciuta in tutti gli Stati membri, di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, la cui professione implica per natura il compito di dare, in modo indipendente, pareri giuridici a chiunque ne abbia bisogno*"⁸. In

⁶ Sentenza nell'*affaire* Niemietz v. Germany del 16/12/1992, ric. 13710/88, p. 37.

⁷ Posizione ribadita da ultimo nella causa Stefanov c. Bulgaria, Sentenza del 22 maggio 2008, ric. 65755/01.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia nel caso 155/79 del 18 maggio 1982, AM&S Europe c. Commissione, par. 18.

conseguenza di tale approccio il privilegio professionale viene riconosciuto dalla Corte essenzialmente in favore degli avvocati indipendenti, intendendo l'indipendenza stessa piuttosto come un dovere e non solo e non tanto come un privilegio: *"Quanto alla seconda condizione, è opportuno precisare che l'esigenza relativa alla situazione ed alla qualità di avvocato indipendente, che devono essere proprie del legale, dal quale proviene la corrispondenza atta ad essere protetta, deriva dalla concezione della funzione dell'avvocato come collaborazione all'Amministrazione della Giustizia e attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore della Giustizia, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno. Questa tutela ha come contropartita la disciplina professionale, imposta e controllata nell'interesse generale dalle Istituzioni a ciò autorizzate. Una siffatta concezione risponde alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri e si riscontra anche nell'Ordinamento giuridico comunitario [...]"*⁹.

L'Avvocato generale Philippe Léger, concludendo nell'*affaire* Wouter, nel riconoscere il privilegio professionale degli avvocati lo fa derivare dall'essenza stessa della professione legale, e dal suo carattere di indipendenza, che brevemente sintetizza nel modo seguente: *"[...] Le autorità statali hanno attribuito loro una serie di prerogative e di obblighi professionali. Tra questi ultimi, tre aspetti caratteristici rientrano nell'essenza stessa della professione forense in tutti gli Stati membri. Si tratta degli obblighi che si riferiscono all'indipendenza dell'avvocato, all'osservanza del segreto professionale e alla necessità di evitare i conflitti di interessi"*¹⁰.

I pronunciamenti dei giudici di Lussemburgo (così come la ricca elaborazione delle Conclusioni degli Avvocati generali presso la Corte) sottraggono a ogni dubbio la circostanza che il *legal privilege* sia parte integrante del diritto comunitario, essendo riconducibile a quelle tradizioni costituzionali comuni cui fa riferimento l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, assurgendo dunque al rango di principio generale del diritto comunitario¹¹.

Del resto il principio non è solo presente in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione ma assurge, sovente, al rango di principio di ordine pubblico e qualche volta direttamente al rango costituzionale (è il caso dell'art. 24 della Costituzione spagnola), rimanendo sempre entro l'ambito dei principi fondamentali necessari ad integrare correttamente il *due process of law* (e il conseguente necessario corollario del diritto alla difesa).

3. Un problema ulteriore, di rilevante portata anche pratica, è quello relativo alla estensibilità o meno del privilegio anche a circostanze in cui il rapporto cliente avvocato non sia determinato dall'assistenza legale nell'ambito di una controversia o di un procedimento giudiziario¹²; del resto la stessa lettura della Convenzione europea

⁹ *Idem*, par. 24

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Leger in causa C-309/99, del 10 luglio 2001, par. 180.

¹¹ Al di fuori del contesto europeo il dibattito, aperto ed ampio, appare giunto ad una certa stabilità quanto alla riconducibilità al rango di diritto fondamentale del *legal privilege*; da ultimo: H.L.HO, *Legal Professional Privilege and the Integrity of Legal Representation*, in *Legal Ethics*, Vol. 9, No. 2; available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1119295>.

¹² La questione si pone con forza a seguito della lettura della normativa comunitaria antiriciclaggio la cui analisi testuale lascia qualche perplessità ed è stata toccata, come vedremo, dalle Conclusioni dell'AG rese nel corso della valutazione della legittimità della normativa comunitaria in questione. Sul punto si

sui diritti dell'uomo potrebbe far ipotizzare come il diritto ad un avvocato sussista solo a favore di soggetti accusati di un reato (tale limitazione è stata però ampiamente superata in sede interpretativa), mentre la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è più ampia, estendendo il diritto all'assistenza legale a ciascuno, senza alcuna limitazione fondata sulla sussistenza di vicende giudiziarie civili o penali.

L'attività di difesa legale può, infatti, ben svilupparsi a prescindere da un procedimento, ovvero proprio al fine di evitarlo, prevenirlo, escludere le condizioni per il suo insorgere.

Le argomentazioni di quanti tendono ad escludere l'applicabilità del *legal privilege* al di fuori di contesti contenziosi non appaiono in alcun modo condivisibili; non si rinvengono nell'intero ordinamento, sia a livello sovranazionale che statale, elementi forti in favore di una limitazione della garanzia del *legal privilege* di tal che vengano escluse le attività di consiglio legale non connesse ad una fase processuale contenziosa; nemmeno in dottrina, del resto, sono emerse convincenti e forti prese di posizione a favore di una tale interpretazione.

Gli ordinamenti europei, ma non solo, anche qualora prevedono limitazioni al segreto professionale (e dunque al *legal privilege*) non fondano mai apertamente tali restrizioni sulla sussistenza o meno di un contenzioso o di una procedura legale.

Nel già citato caso *Wouters*¹³ la circostanza della sussistenza di una procedura contenziosa non assume alcuna rilevanza nel riconoscimento del privilegio professionale; né è stato fatto alcun riferimento alla sussistenza di una tale situazione nell'altro caso, considerato di riferimento per la materia, risolto dalla Corte suprema della Columbia britannica chiamata proprio a pronunciarsi anche sulla questione specifica della sussistenza del *legal privilege* al di fuori di un ambito contenzioso¹⁴.

Ad ogni modo la possibilità di apporre alcuni limiti al godimento del diritto a tale privilegio per la categoria forense deve essere accuratamente valutata anche sulla base di una sapiente applicazione del principio di proporzionalità; è necessario infatti prendere in considerazione sia l'ancoraggio del *legal privilege* ad un interesse individuale, quale quello alla difesa legale, ma anche il suo fondarsi su una necessità collettiva fondamentale per ciascuno Stato di diritto, quale è il corretto ed efficiente funzionamento della Giustizia.

Il fondamentale obiettivo di un ampio riconoscimento del *legal privilege* è, infatti, correttamente riassunto dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America¹⁵. Secondo la Corte americana: *"Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound*

interroga a fondo la dottrina nordamericana; cfr. G.C.Sisk, P.J.Abbate, *The dynamic attorney-client privilege*, University of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 08-24; reperibile su internet: <http://ssrn.com/abstract=1261015>. La House of Lords si è altresì interrogata sui limiti del *legal privilege* quando dal suo assoluto rispetto deriva una limitazione del diritto di difesa di una delle parti di un contenzioso: si veda *Medcalf v. Weatherhill & Anor* [2002] UKHL 27 del 27 giugno 2002.

¹³ Case C-309/99, *Wouters*, citato.

¹⁴ Sentenza nel caso: *The law societies of British Columbia & Canadian Bar Association vs. Attorney general of Canada*, BCSC 1593, Docket No. L013116 del 20 novembre 2001.

¹⁵ Caso *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 389, 391 (1981).

*legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depend upon the lawyer's being fully informed by the client".*¹⁶

Tornando in Europa va sottolineato come le stesse giurisprudenze degli Stati membri non facciano differenza tra avvocati coinvolti o meno in un contenzioso. In Italia, per esempio, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno considerato come irrilevante la circostanza che un avvocato agisse come difensore in un processo al fine di riconoscere a lui ed al suo ufficio una speciale garanzia nei confronti di attività d'indagine, perquisizione e sequestro¹⁷. Si tratta di posizione non dissimile da quella assunta dalla Camera penale della Corte di cassazione francese la quale ha riconosciuto una particolare garanzia, senza ulteriori condizioni, agli avvocati ed ai loro studi professionali nei confronti di atti di perquisizione e sequestro: *□Alors que, d'une part, aux termes de l'article 66-5, modifié de la loi du 31 décembre 1971, en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien, et plus généralement, toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel"*¹⁸.

La legge 2000-516, del 15 giugno 2000, ha ulteriormente rafforzato la posizione degli avvocati in Francia innalzando il livello di garanzie in caso di perquisizione e sequestro. Questa riforma è stata interpretata in maniera molto rigorosa dalla giurisprudenza che ne ha riconosciuto il fondamento anche nei principi generali del diritto europeo; la stessa giurisprudenza si è anche presa in carico il compito di definire i limiti di tale privilegio professionale.

Il limite al riconoscimento del *secret professionnel* opera, secondo le Corti francesi, solo in caso di partecipazione dell'avvocato al crimine: *"Le secret professionnel de l'avocat ne peut être entendu comme ayant un caractère absolu. Cependant les atteintes à ce secret, lequel constitue une norme européenne, ne sauraient être entendues que de façon restrictive, ce qui n'autorise la saisie des consultations et correspondances échangées entre un client et son avocat que si celles-ci révèlent de façon intrinsèque la commission par l'avocat d'une infraction"*¹⁹.

Al di là delle Alpi anche la Corte costituzionale italiana ha interpretato la garanzia degli avvocati in maniera ampia, riconducendo il principio del segreto professionale al diritto costituzionale alla difesa legale: *"La complessiva disciplina normativa del segreto 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, 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*

¹⁶ "The very independence of the lawyer from the Government on the one hand and the client on the other is what makes law a profession [...]. It's as crucial to our system of justice as the independence of judges themselves", Griffith, 413 U.S. 717, 732 (1973) (dissenting of Burger and Rehnquist).

¹⁷ Corte di cassazione italiana, Sezioni Unite penali, sentenze del 14 gennaio 1994, M.D.G. e del 12 novembre 1993, De Gasperin.

¹⁸ Corte di cassazione francese, sentenza del 30 giugno 1999, n° 97 - 86.318.

¹⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, sentenza del 23.01.2003; si tratta di una posizione già ribadita in precedenti pronunce del 07.07.2000 e 02.10.2000 anche dalla *Cour de Cassation*.

*trasferibilità di tale conoscenza nel giudizio, attraverso la testimonianza di chi professionalmente svolge una tipica attività difensiva*²⁰.

La Corte italiana tenta, inoltre, di definire le condizioni per il riconoscimento in concreto di una situazione meritevole di tutela da parte dell'ordinamento: *“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*²¹.

I giudici poi concludono con il riconoscere valenza e finalità del segreto professionale come strumento funzionale ad una corretta amministrazione della Giustizia e la piena esplicazione del diritto di difesa solennemente ribadito nella Costituzione della repubblica italiana: *“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*²².

In definitiva il diritto ad invocare il segreto professionale va riconosciuto al professionista che sia venuto a conoscenza di informazioni in virtù della propria attività di consulenza legale (che è attività propria della professione forense): *“La protezione del segreto professionale, riferita a quanto conosciuto in ragione dell'attività forense svolta da chi sia legittimato a compiere atti propri di tale professione, assume carattere oggettivo, essendo destinata a tutelare le attività inerenti alla difesa e non l'interesse soggettivo del professionista*²³.

Una posizione omogenea a quella delle Corti francesi e della Corte costituzionale italiana è stata assunta anche dalla *House of Lords*, secondo la quale: *“The restraining and controlling framework [of the privilege] is built upon a belief in the rule of law, that communications between clients and lawyers, whereby the clients are hoping for the assistance of the lawyers' legal skills in the management of their affairs,*

²⁰ Corte Costituzionale, Sentenze n. 87 del 25 marzo 1997.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

should be secure against the possibility of any scrutiny from others, whether the police, the executive, business competitors, inquisitive busy-bodies or anyone else²⁴.

4. Volgendo invece lo sguardo al di fuori del contesto europeo appare ancora più elaborata la giurisprudenza delle *Courts of Appeal* statunitensi. La *US Court of Appeal, 9th Circuit*, ha sancito, in una pronuncia che ha avuto grande eco sia in dottrina che in giurisprudenza, che: "*That is not true that the confidences of a client are respected only when given for the purpose of securing litigation. The attorney-client privilege protects confidential disclosures made by a client to an attorney in order to obtain legal advice, ...as well as an attorney's advice in response to such disclosures. The attorney-client privilege applies to communications between lawyers and their clients when the lawyers act in a counselling and planning role, as well as when lawyers represent their clients in litigation. Indeed, the axiom that every man knows the law presupposes that everyone can find it out by consulting lawyers, before being hailed into court for violating the law*"²⁵.

Tale ampio riconoscimento non significa affatto che non possano essere riconosciuti limiti a tutte le comunicazioni che intercorrono tra un avvocato ed un suo cliente: "*The privilege applies only when legal advice is sought from a professional legal advisor in his capacity as such [...] Likewise, lawyer-client communications were not privileged where the clients did not approach him for legal advice and assistance, but rather with the aim of finding [investment opportunities]. A lawyer's account ledgers revealing a client's financial transactions with third parties, which did not reveal the client's communication with the lawyer, or the lawyer's advice, were not privileged*"²⁶.

In ogni caso, secondo la ricostruzione dei tribunali nordamericani, non si riconoscerà alcun privilegio alle comunicazioni avvocato - cliente "*in furtherance of contemplated or ongoing criminal or fraudulent conduct*": ovvero a quelle comunicazioni che siano finalizzate al compimento di condotte fraudolente e criminali. E' il caso della *crime-fraud exception* che rappresenta la sintesi dell'elaborazione americana in materia di limiti al *legal privilege*.

Questa posizione può essere intesa nel senso che un avvocato, quando agisce nella sua qualità, può solo fornire consigli circa la legalità di certe condotte o di operazioni economiche; se operasse in altro modo ed ad altro fine concorrerebbe (o faciliterebbe) nella commissione di un reato.

Proprio nel caso citato lo stesso giudice è stato però costretto a riconoscere che la situazione non è così chiara come potrebbe sembrare e che la soluzione non è immediatamente evidente: "*It is not easy to frame a definite test for distinguishing legal from non legal advice. Where the general purpose concerns legal rights and obligations, a particular incidental transaction would receive protection, though in itself it were merely commercial in nature – as where the financial condition of a shareholder is discussed in course of a proceeding to enforce a claim against a corporation. But apart from such cases the most that can be said by way of generalization is that a matter committed to a professional legal adviser is prima facie so committed for the sake of the legal advice which may be more or less desirable for*

²⁴ House of Lords, caso *Three Rivers DC v. Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48.

²⁵ Court of appeals, IX circuit, U.S. v. Chen, 99 F.3d, 1495, decisa il 4 novembre 1996.

²⁶ *Idem*.

*some aspect of the matter, and is therefore within the privilege unless it clearly appears to be lacking in aspects requiring legal advice*²⁷.

5. Tornando al quadro giuridico dell'Unione europea i citati interventi normativi in materia di lotta al riciclaggio dei capitali si inseriscono, con effetti limitativi, proprio nel campo di applicazione del *legal privilege*, addirittura introducendo degli obblighi capaci di gravemente contrarre lo spazio di indipendenza dell'avvocato che, come si è visto, è considerato uno dei pilastri del nostro ordinamento e generalmente di un equilibrato sistema processuale.

Le citate direttive comunitarie in materia di lotta al riciclaggio dei capitali enumerano una serie di casi nei quali gli avvocati sono obbligati (quasi come se si trattasse di pubblici ufficiali) a divenire una sorta di 'informatori privilegiati' delle agenzie di *enforcement*; ciò rappresenta una chiara limitazione della posizione di indipendenza dell'avvocato difensore, un suo grave svilimento, oltre che un limite al suo privilegio professionale.

L'applicazione di tali disposizioni può determinare una situazione paradossale nella quale un privato che si rivolga ad un avvocato al fine di ricevere un parere legale si trovi a produrre tracce, direttamente o indirettamente, del proprio coinvolgimento in un reato, in tal modo violando quel fondamentale principio di diritto secondo cui *nemo se detegere tenetur* (anch'esso senza dubbio nel novero dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea e dei cataloghi dei diritti nazionali) intimamente connesso col segreto professionale.

Ciò detto ci pare che la questione possa trovare una soluzione 'ragionevole' senza giungere a dichiarazioni di illegittimità comunitaria (se non convenzionale con riferimento alla CEDU) o costituzionale.

Nonostante il dato letterale ci appare possibile dare all'ordinamento comunitario, come risultante dalle citate direttive, una interpretazione rispettosa dei diritti fondamentali previsti dalle Carte dei diritti ed interpretati dalle corti nazionali e sovranazionali.

Le situazioni nelle quali avvocati indipendenti sono obbligati ad informare le autorità sono da considerare solo quelle tassativamente indicate nei testi normativi ed è, a parere di chi scrive, necessario che siano connesse a situazioni nelle quali l'avvocato non agisce in quanto avvocato ma essenzialmente come consulente economico e finanziario offrendo i propri servizi al cliente.

Tale posizione coincide del resto con quella adottata dall'Avvocato generale della Corte di giustizia nelle Conclusioni della causa *Ordre des barreaux*²⁸.

Ciò appare necessario anche al fine di evitare che un illimitato privilegio riconosciuto ad ogni avvocato possa costituire un trattamento ineguale ed ingiustificato nei confronti di operatori economici i quali non provvisti del titolo di avvocato offrono i

²⁷ *Idem*.

²⁸ In causa C- 305/05, *Ordre des barreaux*, Conclusioni del 14 dicembre 2006, p. 70; la sentenza è stata resa il 26 giugno 2007; per un commento vedi: J.Komarek, *Legal Professional Privilege and the EU's Fight against Money Laundering*, *Civil Justice Quarterly*, 2008, p. 13 e E.Cassese, *Disciplina antiriciclaggio e deontologia professionale: quali doveri per gli avvocati?*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2007 p.1046; M.J.J.P. Luchtman, R.van der Hoeven, nota alla sentenza in *Causa C-305/05 in Common Market Law Review*, 2009, p. 301 – 318.

medesimi servizi offerti dal legale (dunque – ed è questo il punto - non agendo da avvocati).

Non riconoscere questo tipo di limite al *legal privilege* farebbe sconfinare la garanzia nell'abuso, determinando una discriminazione irragionevole e consentendo un odioso "abuso del diritto".

Questa soluzione, come sostenuto del resto dall'avvocato generale Maduro, può essere ricavata dal testo stesso della direttiva; infatti nei considerando della direttiva 2001, al n. 17, si legge che: "[...] Deve sussistere l'esenzione da qualsiasi obbligo di comunicare le informazioni ottenute prima, durante o dopo il procedimento giudiziario, o nel corso dell'esame della posizione giuridica di un cliente [...]".

L'ultimo periodo del considerando chiaramente non limita (e se la limitasse andrebbe letto in maniera che non possa limitarla) l'estensione del privilegio professionale ai contesti contenziosi, ritenendolo, anzi, applicabile a tutti i consigli legali.

Questa posizione è resa ancor più forte dall'art. 6, paragrafo 3, della stessa direttiva, laddove gli obblighi di informazione antiriciclaggio non sono estesi agli avvocati: "*con riferimento alle informazioni che essi ricevono da, o ottengono su, un loro cliente, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale provvedimento compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso*".

La Corte di giustizia nella propria sentenza, invece, non è giunta al punto di operare una tale interpretazione, anche perché non chiamata direttamente a farlo. A differenza dell'Avvocato generale la Corte comunitaria si è limitata a ribadire come il *legal professional privilege* sia un principio del diritto comunitario e come sia possibile interpretare la direttiva in modo che questa non confligga con il principio di diritto che tutela il rapporto cliente avvocato.

Nel fare ciò la Corte, in modo assai originale per quella che è la propria giurisprudenza, si è avvicinata ad una prassi interpretativa tipica di molte corti costituzionali interne e mai esplicitamente fatta propria dai giudici di Lussemburgo: l'interpretazione conforme a Costituzione o costituzionalmente orientata (in questo caso orientata al rispetto dei principi fondamentali)²⁹.

Il passaggio ulteriore, quello di estendere la tutela legale anche alle informazioni raccolte in assenza di un procedimento concreto o quantomeno prevedibile, è stata però fatta, sempre per quanto riguarda gli obblighi imposti dalle direttive comunitarie, da un'altra giurisdizione nazionale di ultima istanza la quale è stata chiamata a interpretare il testo della direttiva comunitaria e a valutarne la conformità con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario ex art. 6 TUE.

Il Consiglio di Stato francese, infatti, richiamando anche le Conclusioni rese nel processo innanzi alla Corte di giustizia nell'affaire *Ordre des barreaux*, ha inteso la direttiva nel senso che sono coperte dal privilegio professionale anche quelle

²⁹ Cfr. D.Simon, *Lutte contre le blanchiment et secret professionnel de avocats*, Europe, n. 8, 2007 e E. Broussy, F.Donnat, C.Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire. Droits fondamentaux, L'actualité juridique, droit administrative*, 2007 p. 2248.

informazioni raccolte in una attività di consiglio giuridico sconnessa da un procedimento giudiziario o paragiudiziario³⁰.

6. Sottolineare l'importanza del *legal privilege* (e del segreto professionale degli avvocati) nonché della necessità di interpretare la direttiva nel senso di escludere il dovere di rilevare informazioni assunte da avvocati i quali abbiano operato nella qualità di consulenti legali appare l'unico modo per conciliare la lotta al riciclaggio dei capitali con i diritti fondamentali in materia di difesa; si tratta dunque di giungere alla individuazione del corretto campo di applicazione dei principi fondamentali senza per ciò rinunciare alle finalità, pur condivisibile, delle legislazioni anti riciclaggio.

Non è solo una questione di bilanciamento, bensì piuttosto di una corretta ricostruzione dell'ordinamento e del contenuto e del ruolo di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico liberale e dello Stato di diritto.

E' necessario per la sopravvivenza delle libertà fondamentali sottolineare la centralità della tutela del ruolo dell'avvocato e del diritto di difesa nella sua massima estensione; ciò è consustanziale alla costruzione di un sistema giudiziario giusto ed efficiente che non può non riaffermare con forza l'indipendenza del difensore. Ciò perchè, per dirla ancora con David Edward, rievocando quanto detto nel corso dell'udienza sull'*affaire AM&S* del 1982: "*The freedom to consult the lawyer one chooses without creating admissible evidence is a fundamental human right in a society based on the rule of law*"³¹.

³⁰ Conseil d'Etat, Section du contentieux, udienza del 20 marzo 2008, decisione del 10 aprile 2008, sentenza sulle richieste n. 296845, 296907, Conseil National des barreaux et al.

³¹ Reported by J.Temple Lang, *The AM&S Judgment*, in Aa.Vv., *A True European*, Essays for Judge David Edward, Oxford, 2003, p. 160.