

Chi ha paura del legale d'impresa?

Non è dimostrato che il rapporto di lavoro dipendente tra l'avvocato d'impresa e il proprio datore-cliente comprometta l'indipendenza del parere legale reso.

Eppure la riforma forense di recente approvata da uno dei rami del Parlamento continua ad andare in questa direzione.

Raimondo Rinaldi

MEMBRO DEL CONSIGLIO GENERALE E RESPONSABILE DELLA SEZIONE CENTRO ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI GIURISTI D'IMPRESA, AIGI

La riforma forense recentemente approvata al Senato ha confermato, all'art. 17, la previsione dell'incompatibilità della professione di avvocato con il rapporto di lavoro dipendente. Com'è noto, l'incompatibilità sarebbe, a opinione del Consiglio Nazionale Forense e di chi ha sostenuto e sostiene tale impostazione, giustificata dalla necessità di garantire l'autonomia e indipendenza del professionista⁽¹⁾.

L'incompatibilità della professione di avvocato con il rapporto di lavoro dipendente è prevista dall'ultima riforma forense approvata dal Senato

(l'attuale legge professionale) il cui testo recita: «L'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore è incompatibile con l'esercizio della professione di notaio, con l'esercizio del commercio in nome proprio e altrui, con la qualità di ministro di qualunque culto avente giurisdizione o cura di anime, di giornalista professionista, di direttore di banca, di mediatore, di agente di cambio, di sensale, di ricevitore del lotto, di appaltatore di un pubblico servizio o di una pubblica fornitura, di esattori di pubblici tributi o incaricato di gestioni esattoriali. È anche incompatibile con qualunque impiego o ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato, delle

Elencazione delle numerose incompatibilità

E invero tale impostazione è presente già nell'art. 3 R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578

(1) Il presidente del Cnf, G. Alpa, ha affermato in varie occasioni che il venir meno dell'incompatibilità travolgerebbe i principi cardine della professione, l'autonomia e indipendenza e contrasterebbe palesemente con lo spirito di una normativa improntata a garantire la qualità della prestazione professionale, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti, a esclusivo vantaggio dei cittadini. Il presidente della Cassa forense, M. Ubertini, in un comunicato stampa in merito alla possibile abolizione dell'incompatibilità, ha poi affermato che sarebbe «(...) una norma che aiuta solo le grandi aziende, rischia di far crescere il numero delle cause e di mettere in crisi l'intero sistema previdenziale forense (...) è in contrasto con la definizione dell'avvocato contenuta nell'art. 1 dello (stesso) progetto di riforma in quanto incide gravemente, compromettendoli sui caratteri fondanti di autonomia e indipendenza della professione forense (...) perché l'avvocato-dipendente, quale subordinato, non avrebbe la facoltà di decidere liberamente le scelte difensive, dovendo "obbedire" al datore di lavoro (...). Gli effetti negativi per l'amministrazione della Giustizia sono numerosi ed ineliminabili. Le imprese non avrebbero costi aggiuntivi in relazione alla quantità del contenzioso, avendo spese pressoché fisse. Non vi sarebbe perciò alcun freno al ricorso alla

Province, dei Comuni, delle istituzioni pubbliche di beneficenza, della Banca d'Italia, della Lista civile, del gran magistero degli ordini cavallereschi, del Senato, della Camera dei deputati e in generale di qualsiasi altra amministrazione o istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni. È infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario»^[2].

Avvocato o amministratore di società

La nuova formulazione approvata dal Senato stabilisce che la professione di avvocato è incompatibile:

- a) con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente (escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale e consentendo l'iscrizione nell'albo dei commercialisti e degli esperti contabili, nell'elenco dei pubblicisti e nel registro dei revisori contabili);
- b) con l'esercizio di qualsiasi attività commerciale svolta in nome proprio o in nome o per conto altrui. È fatta salva la possibilità di assumere incarichi di gestione e vigilanza nelle procedure concorsuali o in altre procedure relative a crisi di impresa;
- c) con la qualità di socio illimitatamente responsabile o di amministratore di società di persone, aventi quale finalità l'esercizio di attività di impresa commerciale, in qualunque forma costituite, nonché con la qualità di amministratore unico o consigliere delegato di società di capitali, anche in forma cooperativa, nonché con la qualità di presidente del

consiglio d'amministrazione con poteri individuali di gestione. L'incompatibilità non sussiste se l'oggetto dell'attività della società è limitato esclusivamente all'amministrazione di beni, personali o familiari, nonché per gli enti e consorzi pubblici e per le società di capitale interamente pubblico;

d) con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato.

In merito va anche ricordato che l'art. 1 della proposta di riforma alla lett. c) afferma che la legge garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti.

I codici di deontologia italiani ed europei

L'art. 2.5 del codice di deontologia degli avvocati europei^[3] stabilisce che l'incompatibilità nella professione di avvocato è funzionale a mantenere all'avvocato stesso l'indipendenza necessaria a esercitare in modo conforme al suo dovere di partecipare all'amministrazione della giustizia. Il codice, tuttavia, rinvia la disciplina dell'incompatibilità alle regole degli Stati membri. Secondo il codice europeo l'indipendenza è necessaria perché «la consulenza fornita dall'avvocato non ha alcun valore se è data per compiacenza o per interesse personale o sotto l'effetto di una pressione esterna». Essa è indispensabile per instaurare un rapporto di fiducia con il cliente e questa non può esistere se vi è dubbio «(...) sull'onestà, la probità, la rettitudine o la sincerità dell'avvocato».

Venendo all'Italia, nel preambolo, il codice deontologico forense introduce i principi generali affermando che: «l'avvocato esercita in

Giustizia, con l'effetto di gravare ulteriormente il suo già intasato funzionamento». Sulla stessa linea, il presidente dell'Organismo unitario dell'avvocatura, M. De Tilla.

(2) La norma continua stabilendo che: «Sono eccettuati dalla disposizione del comma 2: a) i professori e assistenti delle università e degli altri istituti superiori e i professori degli istituti secondari dello Stato; b) gli avvocati e i procuratori degli uffici istituiti sotto qualsiasi denominazione e in qualsiasi modo presso gli enti di cui al comma 2 per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso la quale prestano la loro opera. Essi sono iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo».

(3) Codice di deontologia degli avvocati europei, approvato il 28 ottobre 1988 e modificato il 28 novembre 1988 e il 5 dicembre 2002. Nel preambolo il codice riconosce che la missione dell'avvocato «gli impone una serie di doveri e obblighi, a volte in apparenza contraddittori, verso: - il cliente; - i tribunali e le altre autorità davanti alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente; - la professione in generale e ciascun collega in particolare; - la società, per la quale una professione liberale e indipendente, legata dal rispetto delle regole che essa stessa si è data, è un mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri».

piena libertà, autonomia e indipendenza per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini di giustizia. Nell'esercizio della sua funzione, l'avvocato vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e dell'ordinamento comunitario; garantisce il diritto alla libertà e sicurezza e l'invulnerabilità della difesa; assicura la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione la tutela di questi valori».

L'art. 10 del codice prevede ancora: «nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni». Inoltre, non deve tener conto di interessi riguardanti la propria sfera personale.

L'art. 16 infine sancisce il dovere di evitare incompatibilità, senza tuttavia definire le situazioni che le causerebbero.

Orientamento della giurisprudenza italiana ed europea sul "legal privilege"

La giurisprudenza italiana⁽⁴⁾ ha costantemente ribadito che le ragioni dell'incompatibilità vanno ricercate nella necessità di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato che sarebbero minate, nel caso degli avvocati delle imprese, dal vincolo di subordinazione.

E una simile statuizione è confermata, a livello comunitario, dalla Corte di Giustizia nella recente decisione Akzo, dove in tema di *legal privilege*⁽⁵⁾ viene confermato l'assunto che il rapporto di lavoro dipendente comporta necessariamente e automatica-

mente la mancanza di indipendenza dell'avvocato. A nulla, in tal caso, rileva che l'avvocato interno, come nella sentenza in esame relativa a un avvocato olandese, sia iscritto all'albo professionale e soggetto allo stesso codice deontologico dei colleghi esterni.

Va evidenziato che la Corte si limita a una affermazione che non esclude di per sé l'indipendenza del legale interno («Pertanto, per un avvocato interno è più difficile che per un avvocato esterno risolvere eventuali conflitti tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi del suo cliente»), ma, al contempo, afferma, con riguardo alle norme professionali cui era soggetto il legale interno olandese, che «sebbene la disciplina olandese dell'ordinamento professionale sia idonea a rafforzare la posizione dell'avvocato che lavora all'interno di un'impresa, ciò nonostante essa non è in grado di garantire un'indipendenza comparabile a quella di un avvocato esterno». Infatti, secondo la Corte, il rapporto di lavoro dipendente di per sé «non consente all'avvocato interno di discostarsi dalle strategie commerciali perseguite dal suo datore di lavoro e che dunque influisce sulla sua capacità di agire con indipendenza professionale (...). Ne deriva che, tanto per la dipendenza economica dell'avvocato interno quanto per i suoi stretti legami con il suo datore di lavoro, l'avvocato interno non gode di un'indipendenza professionale paragonabile a quella di un

La Corte di Giustizia Ce ha ribadito l'assunto che il rapporto di lavoro dipendente comporta necessariamente e automaticamente la mancanza di indipendenza dell'avvocato

avvocato esterno».

La Corte, invero, non chiarisce mai quali obblighi e doveri professionali verrebbero compromessi nel caso dell'avvocato dipendente o perché questi non godrebbe

«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» o, ancora, per-

(4) Per tutte, cfr. Cass., Sez. Un., 24 giugno 2009, n. 14810.

(5) Decisione nel caso C-550/07P, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals.

ché si dovrebbe giungere necessariamente alla negazione del diritto (nel caso in questione alla riservatezza delle comunicazioni) e, invece, non si possa con prescrizioni e misure comportamentali e organizzative ovviare alla presunta maggiore difficoltà di mantenersi indipendenti.

Se si guardano da vicino i vari aspetti della questione, poiché, come abbiamo visto, la funzione dell'avvocato è essenziale all'amministrazione della giustizia, dovremmo innanzitutto domandarci se il rapporto di lavoro dipendente possa effettivamente comportare degli ostacoli a partecipare a detta "amministrazione della giustizia". In merito potremmo rilevare che, di sicuro, questa non richiede né all'avvocato interno, né all'avvocato esterno di essere parte delle autorità a esse preposte o di condividere o concordare con le attività da queste poste in essere.

Al contrario, l'amministrazione della giustizia è servita correttamente laddove si rappresentino gli interessi del cliente in modo legittimo e lo si assista a rispettare la legge⁽⁶⁾. E sicuramente l'esperienza dimostra come gli avvocati e i giuristi interni, a tali fini, siano preziose risorse per le aziende sapendo coniugare qualificato sapere legale a conoscenza approfondita del proprio cliente. Tale circostanza, peraltro, è generalmente riconosciuta negli Stati Uniti d'America e, quantomeno, in tutti i Paesi di *common law*, dove, da tempo, le Corti hanno riconosciuto uguale dignità e indipendenza agli avvocati interni ed esterni.

La Corte Europea invece non sviluppa alcuna più articolata argomentazione né produce alcuno studio o alcuna evidenza che l'assistenza prestata dall'avvocato interno sia meno indipendente di quello esterno. Si limita a negare. In altri termini,

al di là dell'affermazione generale della difficoltà (e non già dell'impossibilità) di riconoscere la dovuta indipendenza all'avvocato che ha un rapporto di lavoro dipendente, la Corte non solo non affronta e non giustifica in cosa tale mancanza di indipendenza si sostanzierebbe ma non si sforza neppure di giustificare perché invece il rapporto economico che lega il professionista esterno al proprio cliente non limiterebbe in alcun modo l'indipendenza di quest'ultimo.

In altri termini, all'avvocato esterno si fa credito della propria capacità di non farsi condizionare dal cliente sia in termini di impostazione degli obiettivi da raggiungere, sia in termini di dipendenza economica dal fatturato con questo generato.

Ciò nonostante la realtà e l'esperienza dimostrano e confermano che l'avvocato esterno, al fine di massimizzare il proprio fatturato, avrebbe invece quantomeno gli stessi incentivi economici ad assecondare il proprio cliente⁽⁷⁾.

La decisione della Corte, dunque, sembra anch'essa legata a una concezione romantica e obsoleta della professione di avvocato, totalmente disgiunta dall'aspetto imprenditoriale ed economico della stessa.

Con questo contraddicendo quanto invece più volte affermato a livello comunitario e nazionale dalla Commissione e dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato in merito alla professione legale stessa.

È noto, infatti, che il diritto comunitario, e quello nazionale in materia antitrust che a esso si ispira e adegua, non conosce deroghe al principio di considerare "impresa" quale che sia la professione intellettuale coinvolta, nella misura in cui essa abbia valenza economica.

(6) Cfr. B.W. Heinemann, Jr., «European Rejection of Attorney Client Privilege for Inside Lawyers», <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2010/10/02>.

(7) Varrebbe la pena anche di ricordare che la riforma considera tra i casi di incompatibilità quello in cui l'avvocato siede, in consigli d'amministrazione, con poteri individuali di gestione ma non censuri, invece, il solo far parte dei consigli d'amministrazione. Ciò quasi dimenticando che la gestione è affidata al consiglio d'amministrazione e che questi, quando delega le proprie attribuzioni a uno o più dei suoi componenti, ne detta i contenuti e limiti, e che può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni anche se rientranti nella delega. Inoltre, la sola qualifica di amministratore comporta un obbligo di informazione, di controllo e vigilanza di cui i soggetti investiti devono farsi carico. Ma mentre nel caso dell'avvocato dipendente si assume che il rapporto di dipendente non gli consenta di operare con la necessaria indipendenza dovendosi conformare alle strategie commerciali del datore di lavoro, nell'ipotesi dell'avvocato/amministratore tale rischio invece non è ritenuto sussistere.

Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

E tale presa di coscienza è essenziale al fine dell'analisi della problematica in questione⁽⁸⁾. In merito al regime dell'incompatibilità poi l'Agcm, nella sua segnalazione del 16 settembre 2009 al Parlamento e al Governo sulla proposta AS 601 relativa alla "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" adottata dal comitato ristretto costituito presso la commissione Giustizia del Senato, ricorda il proprio orientamento secondo cui la disciplina dell'esercizio delle attività professionali, per essere coerente con i principi di concorrenza, richiederebbe l'eliminazione di tutte quelle incompatibilità non necessarie e non proporzionate rispetto agli obiettivi che con le stesse si intende perseguire.

Per non determinare ingiustificate restrizioni concorrenziali, l'Autorità ribadisce che il regime di incompatibilità dovrebbe essere funzionale e proporzionato a salvaguardare l'autonomia dei soggetti che erogano le prestazioni nonché a tutelare l'integrità del professionista indispensabili per il corretto esercizio della determinata professione ma non ritiene, in tale ottica, necessarie né proporzionate rispetto alla garanzia dell'autonomia degli avvocati o alla tutela dell'integrità del professionista le incompatibilità a svolgere attività di lavoro autonomo o dipendente.

E la necessità e proporzionalità del regime

di incompatibilità, vigente e proposto, non sono in alcun modo dimostrate anche nella piena consapevolezza degli interessi fondamentali del singolo e della collettività spesso collegati ai servizi professionali⁽⁹⁾.

Infatti, il regime di incompatibilità applicato ai professionisti avvocati che operano alle dipendenze di un'azienda non ha pari nelle altre professioni.

In merito si è tentato di replicare che la situazione della professione forense differisce dalle altre in quanto tenderebbe alla tutela di un diritto, quello della difesa, costituzionalmente garantito.

Ma anche tale argomento mostra tutta la sua debolezza laddove si consideri che anche il diritto alla salute ha analoga se non maggiore rilevanza a livello costituzionale ma ai professionisti iscritti all'albo dei medici né richiede, né comporta certo un analogo regime di incompatibilità. Sul punto, inoltre, vale la pena di ricordare che le norme nazionali confliggenti con il diritto comunitario sono inapplicabili con il solo limite dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana⁽¹⁰⁾.

Si ricorda che ai principi costituzionali non possono certo ricondursi limiti non necessari né proporzionati agli obiettivi da raggiungere. I limiti non necessari né proporzionati sarebbero, infatti, come tali in contrasto con lo stesso interesse pubblico di tutela della concorrenza. Interesse contemplato nella Costituzione italiana e che vincola l'operato degli Stati membri, a partire dal Trattato di Maastricht, a orientare le proprie politiche economiche al rispetto del regime della libertà della concorrenza.

Negli Usa e nei Paesi di "common law" le Corti dei tribunali hanno riconosciuto pari dignità e indipendenza agli avvocati interni ed esterni

(8) Sul tema, cfr. per tutti F. Galgano, «Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa», in *Contratto e Impresa - Europa*, 1997, 3.

(9) Ricordiamo che nella recente sentenza della Corte di Giustizia 2 dicembre 2010, C225-09, mentre si conferma che la mancanza di conflitti di interessi è indispensabile all'esercizio della professione forense e implica, in particolare, che gli avvocati si trovino in una situazione di indipendenza rispetto ai pubblici poteri e agli altri operatori di cui non devono subire l'influenza, si ribadisce altresì che le regole non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario per conseguire l'obiettivo e prevenire i conflitti di interesse (cfr. punto 61). La Corte non affronta né approfondisce il tema della proporzionalità in quanto, nel caso in questione relativo al divieto imposto dalla legge n. 339/2003 in tema di dipendenti pubblici, il punto non era stato espressamente sollevato tra le questioni portate all'esame della Corte stessa. Tuttavia, da tale recente sentenza deriva, se ve ne era bisogno, un'ulteriore conferma che qualsiasi divieto deve passare il vaglio del test di necessità e proporzionalità.

(10) Sentenza Corte di Giustizia Ce 30 ottobre 1975, n. 232.

Principi costituzionali e concetto di indipendenza del professionista

Nella questione in esame vi sono in gioco, da una parte, oltre alla libertà di concorrenza, altri diritti e libertà fondamentali espressamente garantiti dalla Costituzione come gli artt. 2, 3, 35 e 41. Dall'altra, valori espressi da una legge ordinaria. Quali dovrebbero prevalere?

È noto, infine, che tale incompatibilità non sussiste per molti altri Paesi comunitari. Il che, oltre a introdurre eventuali ulteriori profili di disallineamento con le norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, dimostra che l'assunto da cui parte il legislatore italiano non è tale.

In realtà, l'indipendenza del professionista deve essere garantita ed è garantita dall'appartenenza all'ordine e dall'assoggettamento al relativo codice deontologico e disciplinare.

E che tale sistema sia idoneo e sufficiente, per gli avvocati esterni, è riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia. Ma, incredibilmente e senza alcuna vera argomentazione, tale stessa appartenenza, anche laddove consentita, non viene comunque considerata adeguata e sufficiente a dimostrare l'indipendenza degli avvocati interni.

E invero se ritorniamo al punto nodale del concetto di indipendenza, sul quale si poggia il regime dell'incompatibilità, dovremmo riconoscere che essa è un requisito etico che attendendo principalmente alla sfera soggettiva non può essere valutata da terzi se non in modo altrettanto soggettivo e mutevole, nella sua interpretazione e applicazione, al mutare della società, delle sue

esigenze e del comune sentire. Compito questo che l'organo disciplinare dell'Ordine degli avvocati svolge normalmente verso i propri associati.

Non è quindi comprensibile perché l'insieme di principi, doveri, obblighi e controlli esistenti per gli avvocati esterni dovrebbe risultare pregiudizialmente insufficiente, inadeguato e inapplicabile agli avvocati interni a causa di un presunto "peccato originale" di asserita "mancanza di indipendenza" che lo stato di lavoratore subordinato dovrebbe creare.

Non è nostro obiettivo approfondire se non dovrebbero in tale ambito ricondursi anche gli avvocati collaboratori di studi

Per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato il regime di incompatibilità dovrebbe essere funzionale e proporzionato a salvaguardare l'autonomia del professionista

professionali (secondo l'associazione nazionale forense circa 50 mila)^[11], ma non si può non rilevare come, anche in questo caso, si proceda per assunti e in modo pregiudiziale riconoscendo a questi pro-

fessionisti a monocommittenza, a tempo indeterminato e remunerazione sostanzialmente fissa, l'autonomia e indipendenza negata agli avvocati interni^[12].

Tale incongruenza è maggiormente e ulteriormente esasperata laddove si distingue tra avvocato dipendente di aziende private e di enti pubblici o di aziende private con capitale prevalentemente pubblico^[13]. Come è noto, si riconosce agli avvocati di queste ultime l'iscrizione a un elenco speciale dell'albo degli avvocati.

La loro indipendenza, nell'ambito del rapporto di lavoro, viene rafforzata tramite misure

(11) *Almeno il 30 per cento dei giovani avvocati (cioè quelli nati a partire dal 1971) dichiara di collaborare in forma continuativa "dipendente" presso altri (cfr. pagg. 54-55 della Prima indagine dell'Osservatorio permanente giovani avvocati - «Giovani avvocati, così, altrove o altrimenti?», Milano, 2010).*

(12) *Correttamente, il prof. Ichino, nella seduta pubblica del Senato, tenutasi il 3 novembre 2010, faceva notare che «questi collaboratori possono essere licenziati da un giorno all'altro, senza un minimo di preavviso e anche per motivo più futile. L'autonomia e l'indipendenza per loro non esistono. Si finge che siano autonomi, in realtà dipendono a tutti gli effetti dal loro dominus, dal titolare dello studio (...). La realtà è che noi mettiamo a priori l'etichetta dell'autonomia su un rapporto che di autonomia non può avere niente» (452ma seduta pubblica del 3 novembre 2010, resoconto sommario e stenografico). Cfr. anche Prima indagine dell'Osservatorio permanente giovani avvocati, cit., pag 72, dove si evidenzia l'istanza dei giovani avvocati di vedere disciplinati contrattualmente i rapporti di questi ultimi con il titolare di studio al fine di prevedere maggiori garanzie.*

(13) *Peraltro nei confronti di queste ultime, spesso originate da processi di liberalizzazione in adempimento a obblighi comunitari, l'assimilazione all'ente pubblico sarebbe in contraddizione con la finalità stessa della liberalizzazione.*

organizzative e criteri funzionali interni all'azienda datrice di lavoro (cfr., per esempio, art. 22.2 della riforma approvata in Senato nella seduta del 23 novembre 2010).

Avvocati di aziende private e avvocati di enti pubblici

E se per gli avvocati di enti pubblici l'asserito obbligo di perseguire l'interesse pubblico generale che attiene a tutti i pubblici dipendenti, al di là e al di sopra degli interessi specifici del proprio ente di appartenenza, poteva rappresentare una foglia di fico per coprire l'ingiustizia di tale discriminazione, tale foglia è volata via sempre più lontana negli anni con l'estendersi della lista degli avvocati e delle aziende ammesse all'elenco speciale. Non è certo nostro scopo sindacare la correttezza di tale esten-

sione ma anzi di prenderne atto come un riconoscimento della capacità dei professionisti di tali enti di mantenersi indipendenti e autonomi rispetto al proprio datore di lavoro e di garantire quei valori etici, quali la dignità, il decoro, la trasparenza e sincerità, che sono a fondamento della professione legale.

Tuttavia, non possiamo invece esimerci dal rilevare la discriminazione in atto verso gli avvocati di aziende private. Discriminazione tanto più inaccettabile quanto più si consideri che la proposta dell'Associazione italiana dei giuristi d'impresa, Aigi, nell'ambito della riforma forense, oltre al riconoscimento della figura del giurista d'impresa, prevede, per quelli tra questi che abbiano conseguito l'abilitazione alla professione di avvocato, l'iscrizione a un elenco speciale nell'albo degli avvocati soggetto alla presenza di garanzie organizzative, funzionali, contrattuali da parte dell'azienda datrice di lavoro anche ulteriori rispetto a quelle previste per gli avvocati attualmente iscritti all'albo speciale degli enti pubblici.

Si consideri, peraltro, che in altri ambiti, quali per esempio il D.Lgs. n. 231/2001, il

legislatore ha riconosciuto particolari compiti a organi (l'organismo di vigilanza) che vengono definiti autonomi e indipendenti ma che sono, per legge, interni alla società stessa e quindi necessariamente organicamente integrati. La loro autonomia e indipendenza è garantita da misure organizzative e funzionali (e quindi da quelle stesse precauzioni che non sembra volersi applicare agli avvocati interni). I membri di questi organi possono essere dipendenti della società nella quale l'organo opera. Non risulta che il legislatore abbia per questo ritenuto che detti membri non potessero, per la loro stessa natura di dipendenti, avere e mantenere la richiesta autonomia e

L'indipendenza del professionista deve essere garantita ed è garantita dall'appartenenza all'ordine e dall'assoggettamento al codice deontologico e disciplinare

indipendenza. Eppure tra i loro compiti è proprio la vigilanza sull'adeguatezza dei modelli organizzativi del datore di lavoro a prevenire determinati reati. Se vogliamo, in

altro modo, a contribuire al rispetto della legge all'interno dell'impresa e quindi, di fatto, all'amministrazione della giustizia nell'accezione più ampia.

Ed allora, il primo fondamentale aspetto da chiarire, una volta e per sempre, è che una società si organizza con un servizio legale interno per avere assistenza e consulenza legale al fine della tempestiva conoscenza, della corretta interpretazione e applicazione delle normative che attengono al proprio settore di attività nonché della valutazione legale dei rischi d'impresa. Il datore di lavoro è il cliente. Non vi è dicotomia tra l'uno e l'altro. Ed è altrettanto lampante che non è interesse del datore di lavoro/cliente forzare o influenzare il giudizio e l'opinione del legale interno, perché un giudizio forzato o influenzato sarebbe un giudizio errato e come tale inutile se non dannoso, forse altamente dannoso, allo stesso datore/cliente che ne patirebbe, per primo, le conseguenze. Quindi perché questi dovrebbe aggravarsi di costi fissi per ottenere una prestazione "difettosa"?

Si sostiene allora che l'avvocato interno non

sarebbe “libero” perché rischierebbe ripercussioni nel rapporto di lavoro fino al licenziamento se non accondiscendesse alle richieste del datore di lavoro. Tale affermazione, fatta con un minimo di oggettività, onestà intellettuale e conoscenza della realtà del mondo legale all'interno delle aziende, non meriterebbe neppure di essere approfondita e contestata stante la sua ovvia ed evidente infondatezza. Ma tant'è, questo è argomento unico e comune agli organismi comunitari e nazionali, anche se in ambiti e con finalità diversi, per contestare l'indipendenza dell'avvocato interno. E poco importa che non vi siano fatti o evidenze a supporto di tale tesi.

E poco importa altresì che le interviste e le analisi condotte con gli avvocati esterni dimostrino che la presenza di legali interni facilita e rafforza l'assistenza e consulenza del legale esterno.

Ciò che rileva è il “dogma”, la prova provata contro la quale non è ammessa alcuna diversa evidenza.

Ma anche a voler seguire il percorso logico di coloro che sostengono che il timore di ripercussioni nel rapporto di lavoro come

del licenziamento possa influire sull'indipendenza, non si può non evidenziare come esistano garanzie per l'avvocato interno in simili circostanze che mancano per l'avvocato esterno nei confronti del proprio cliente o, come abbiamo accennato, del proprio *dominus*. Tali garanzie, se non idonee a far venir meno del tutto tale timore, dovrebbero quantomeno essere sufficienti a limitarne grandemente l'eventuale portata.

La proposta di Aigi

Se poi si ricorda che la proposta Aigi prevede espressamente che il datore di lavoro, oltre alle misure e garanzie organizzative e

funzionali, riconosca espressamente l'indipendenza dell'avvocato interno e si obblighi a non influenzarne l'opinione, si conferma che l'ostracismo nei confronti degli avvocati interni in tema di compatibilità con l'iscrizione all'albo così come di riconoscimento del *legal privilege* è del tutto ingiustificato.

Non è fondato il timore di ripercussioni sul rapporto di lavoro dell'avvocato interno che non adempisse alle richieste del datore di lavoro

Abbiamo ricordato che la normativa comunitaria ci insegna che il parametro per valutare la legittimità della limitazione di diritti è dato dalla “necessità e proporzionalità” della costrizione imposta. E tra i vari limiti vanno scelti e applicati sempre quelli che possano adeguatamente raggiungere l'obiettivo senza eccessivi oneri o pregiudizi verso i soggetti interessati.

Se l'avvocato interno potesse essere iscritto all'albo (o a un elenco speciale), egli sarebbe automaticamente soggetto alle norme deontologiche e potere disciplinare dell'Ordine di appartenenza. Quindi, come per il collega esterno, la sua condotta e il rispetto di doveri

Forse il vero motivo per negare il diritto dell'avvocato dipendente di iscriversi all'albo deriva dalla mancata conoscenza della realtà dei giuristi d'impresa e da interessi corporativi e anticoncorrenziali

etici e di indipendenza sarebbero posti al vaglio degli organismi a ciò preposti. Organismi che attualmente già svolgono tale compito per circa 200mila iscritti con, ne siamo sicuri, massima solerzia, attenzione ed efficienza.

Inoltre il datore di lavoro/cliente che “sciocamente” tentasse di abusare del proprio potere gerarchico nei confronti dell'avvocato dipendente vedrebbe quest'ultimo potersi difendere dinanzi al giudice in merito alla legittimità delle ripercussioni poste in essere sia anche solo in merito al rispetto delle prerogative di indipendenza.

Dov'è dunque la difficoltà intrinseca a essere indipendente? E dove la difficoltà a verificare tale indipendenza?

Non esiste un solo dato oggettivo, generale e univoco che giustifichi tale discriminazione verso un'intera categoria di professionisti. Esiste solo il dato soggettivo e negativo che

impone l'assioma avvocato dipendente=manca di indipendenza.

Peraltro tacciando gli avvocati e i giuristi interni di mancanza di indipendenza si dice implicitamente che esiste un dubbio sulla loro onestà, probità, rettitudine e sincerità, qualità queste che, come abbiamo visto, sono ritenute essenziali per fondare il rapporto di fiducia con il cliente. E non c'è chi non veda, oltre l'offesa, l'enormità di una simile equazione.

Ma allora dov'è veramente il problema? Il problema sta proprio nel fatto che l'attuale assetto nega a monte del tutto un diritto per prevenirne un eventuale abuso!

Il problema sta nel fatto che il motivo per negare il diritto dell'avvocato dipendente di iscriversi all'albo deriva dalla mancata conoscenza della realtà dei giuristi d'impresa e del rilevante ruolo che, specie negli anni più recenti, viene loro affidato al fine di assicurare il pieno rispetto della legge all'interno dell'impresa. O, se non è mancata conoscenza, allora forse il vero motivo è puramente corporativo. O, meglio, anticoncorrenziale.

E poco importano gli effetti in termini di efficienza e di costi che tale impostazione comporta per le aziende costrette.

In conclusione

In conclusione, quanto precede dimostra che il dibattito sull'indipendenza o meno dell'avvocato interno non poggia su dati e fatti concreti e, quindi, su reali differenze tra questi e il collega esterno in termini di qualità, etica e professionalità nel servizio reso.

Non esiste dunque alcuna effettiva lesione dell'esigenza di tutela del cliente nella prestazione di assistenza legale che automaticamente deriverebbe dal rapporto di lavoro dipendente tra l'avvocato d'impresa e il proprio datore-cliente.

È confermato, invece, che qualsiasi restrizione dell'esercizio di libertà fondamentali è proibita salvo che sia giustificata da esigenze imperative di interesse generale nonché adeguate e pro-

porzionate al raggiungimento dell'obiettivo. In nessun modo la previsione di incompatibilità degli avvocati interni a imprese private risulta soddisfare tali principi.

Anzi, come evidenziato, esisterebbero modalità e precauzioni atte a far venire meno qualsiasi preoccupazione in merito all'indipendenza dell'avvocato interno.

Vale infine sottolineare altresì che l'Aigi ha più volte evidenziato come il superamento dell'incompatibilità, oltre a eliminare una discriminazione ingiustificata, consentirebbe anche un più agevole passaggio tra impresa e libera professione, favorendo quel fenomeno di *cross-fertilization* che costituisce un impor-

ante canale di formazione professionale e di integrazione delle conoscenze relative ai molteplici aspetti dell'attività di impresa.

Per le imprese sarebbe più facile attrarre (e trattenerne) tra le proprie fila figure esperte e qualificate, mentre per gli avvocati - soprattutto i giovani - si presenterebbero importanti opportunità di crescita professionali^[14].

Crediamo che gioverebbe all'intera categoria dei professionisti legali, ai rapporti tra legali interni ed esterni, e alla stessa amministrazione della giustizia.

Nella proposta Aigi il datore di lavoro offre misure e garanzie organizzative e funzionali riconoscendo espressamente l'indipendenza dell'avvocato interno e della sua opinione

L'ostracismo nei confronti degli avvocati interni in tema di compatibilità con l'iscrizione all'albo e di riconoscimento del "legal privilege" non è giustificato

(14) Sul punto analogamente è stato evidenziato che «una via per agevolare, all'interno di un sistema integrato di vigilanza sui requisiti professionali e deontologici, la mobilità tra impresa e libera professione sarebbe quella di consentire ai giuristi d'impresa, in possesso dell'abilitazione, di iscriversi in un elenco speciale annesso all'albo. Questo modello, già utilizzato in Italia per gli avvocati dipendenti da enti pubblici e presente in vari Stati europei, consentirebbe di valorizzare la funzione di garante della compliance con la legge che il giurista interno svolge nell'ambito dell'impresa»: cfr. Assonime, Note e Studi, «Progetti di riforma della disciplina della professione forense: restrizioni ingiustificate e costi per le imprese», 17 aprile 2009.