

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/01/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36760-brevi-cenni-sul-dibattito-intorno-al-dovere-di-segretezza-professionale>

Autore: dott. Romeo Andrea

Brevi cenni sul dibattito intorno al dovere di segretezza professionale.

Brevi cenni sul dibattito intorno al dovere di segretezza professionale.

Andrea Romeo*

Costituisce postulato indimostrato, o non necessario di validazione, l'assunto per cui la segretezza professionale, ovvero la confidenzialità, come viene preferibilmente definita in ambito anglosassone, rappresenti uno dei cardini fondamentali della professione di avvocato.

Nell'alveo del dibattito americano, piuttosto vivace sul tema legal ethics, è ricorrente trovare espressioni che si riferiscono al dovere di confidenzialità come ad un principio di rango costituzionale della professione forense¹, ovvero come norma cardine non soltanto del paradigma deontologico ma, soprattutto, del complessivo sistema di giustizia², di cui gli avvocati sarebbero operatori imprescindibili³. Inoltre è altrettanto ricorrente, soprattutto nelle codificazioni europee, la configurazione anfibia di tale principio, sovente dichiarato come diritto-dovere dell'avvocato.

Si tratta, dunque, di un dovere avvertito come imperativo fondante il cosiddetto "ruolo speciale" del difensore⁴; ruolo che giustificherebbe, appunto, una diversità degli obblighi morali dell'avvocato, e che non troverebbe pari nelle altre professioni⁵. Anche nel contesto europeo, e nello specifico ambiente giuridico del Bel Paese, il dovere di segretezza professionale risalta,

* Dottore di ricerca Università Magna Graecia di Catanzaro.

¹ Si veda S. P. KONIAK, *The Law Between the Bar and the State*, in «North Carolina Law Review», 70/1992, 1389 e ss., spec. p. 1426.

² D. R. FISCHER, *Lawyers and Confidentiality*, in «University of Chicago Law Review», 65/1998, 1-33, spec. 1, il quale definisce il segreto professionale come un «bedrock principle of legal ethics».

³ G. C. HAZARD, *An Historical Perspective on the Attorney-client Privilege*, in «California Law Review», 66/1978, pp. 1061-1091. Si veda pure M. STRASSBERG, *Taking Ethics Seriously, Beyond Positivist Jurisprudence in Legal Ethics*, in «Iowa Law Review», 80/1995, pp. 901 ss. D. R. FISCHER, *Lawyers and Confidentiality*, in «University of Chicago Law Review», cit., p. 1 e ss..

⁴ Sulla teoria del "ruolo speciale" per cui agli avvocati non si applicherebbero i doveri morali dell'uomo comune, ma quelli speciali della professione forense sia consentito fare espresso rinvio a T. DARE, *The Counsel of Rogues?: A Defense of the Standard Conception of the Lawyer's Role*, cit., p.7 e ss.; cfr., pure, S. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, cit., p. 616; G. J. POSTEMA, *Self-Image, Integrity, and Professional Responsibility*, in D. LUBAN (a cura di), *The Good Lawyer: Lawyers' Roles And Lawyers' Ethics*, Totowa NJ 1983, p. 287 e ss.; S. GILLERS, *Can a Good Lawyer Be a Bad Person?*, in «Michigan Law Review», 84/1986, pp.1011-1090. Si veda pure D. MARKOVITS, *A Modern Legal Ethics: adversary advocacy in a Democratic Age*, Princeton University Press. 2008, passim, il quale imputa il "ruolo speciale" alle dinamiche proprie del processo accusatorio nordamericano.

⁵ C. A. KELBLEY, *Legal Ethics: Discretion and Utility in Model Rule 1.6*, in «Fordham Urban Law Journal», 13/1984, pp. 67-97.

inequivocabilmente, tra le norme deontologiche primarie della professione forense e viene concepito come un imperativo imprescindibile per prendere sul serio la missione della rappresentanza forense.

Esaminando il Codice Deontologico Forense, il dovere in questione viene sancito all'art. 28, secondo cui è "dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato". All'affermazione del principio generale seguono delle possibili deroghe che il Codice (al quarto canone) ammette nel caso in cui sia necessario "per lo svolgimento dell'attività di difesa" ovvero "impedire la commissione di un reato di particolare gravità", oppure "per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita" ovvero ancora "nell'ambito di una procedura disciplinare" anche per⁶. Soltanto in tali ipotesi sembrerebbe

⁶ Art. 28 – Riservo e segreto professionale.

1. È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato.

2. L'obbligo del segreto va osservato anche quando il mandato sia stato adempiuto, comunque concluso, rinunciato o non accettato.

3. L'avvocato deve adoperarsi affinché il rispetto del segreto professionale e del massimo riserbo sia osservato anche da dipendenti, praticanti, consulenti e collaboratori, anche occasionali, in relazione a fatti e circostanze apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta.

4. È consentito all'avvocato derogare ai doveri di cui sopra qualora la divulgazione di quanto appreso sia necessaria:

- a) per lo svolgimento dell'attività di difesa;
- b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità;
- c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita;
- d) nell'ambito di una procedura disciplinare.

In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato.

5. La violazione dei doveri di cui ai commi precedenti comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura e, nei casi in cui la violazione attenga al segreto professionale, l'applicazione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

Anche il Codice Deontologico europeo consacra il segreto professionale. L'art. 2.3, ribricato come "Segreto professionale" stabilisce che:

2.3.1. 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. L'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale è volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato.

2.3.2. L'avvocato deve mantenere il segreto su tutte le informazioni riservate di cui venga a conoscenza nell'ambito della sua attività professionale.

2.3.3. Tale obbligo di riservatezza non ha limiti di tempo.

2.3.4. L'avvocato deve esigere il rispetto del segreto professionale dai suoi dipendenti e da chiunque collabori con lui nell'esercizio della sua attività professionale.

possibile poter derogare al principio fondamentale della confidenzialità e rivelare quanto il cliente ha affidato allo stretto riserbo del suo difensore, confidando nell'inviolabilità del segreto. Invero la struttura nomologica delle norme deontologiche - che mostrano la sostanza normativa dei principi e non delle regole determinate - consente di poter inferire, da un punto di vista logico concettuale, la possibilità di ulteriori deroghe che possono determinarsi per effetto del bilanciamento tra i diversi obblighi deontologici, spesso apparentemente confliggenti, che onerano la condotta professionale (e non solo) dell'avvocato⁷.

Prima di procedere nell'analisi delle possibili deroghe al principio di confidenzialità sembra opportuno, nondimeno, spostare la lente sulle problematiche sollevate dal rispetto del principio di confidenzialità nonché sulle diverse ragioni che giustificano, o possono fornire una plausibile giustificazione teorica all'esistenza di un tale principio, nonché in merito alla sua ineludibilità strutturale e funzionalistica per la deontologia forense.

Le problematiche riconducibili al dovere di confidenzialità sono, di certo, tra le più radicali e cariche di dilemmi morali. Rispettare, sempre e comunque, il segreto, equivale, secondo Monroe H. Freedman, a sacrificare, necessariamente, uno dei valori fondamentali dell'etica forense. L'A. concepisce, infatti, una triade deontica che pone alla base della morale professionale forense: «competence, candor, confidentiality»⁸. La confidenzialità, seguendo questa triade, potrebbe urtare, in certi casi problematici, con il candor, ovvero sia la probità e la lealtà verso l'ordinamento generale e i principi di giustizia. Si pensi al caso, certo

A tale disposizione deontologica devono essere ricollegate le previsioni processuali di cui agli artt. 200 c.p.p e 249 c.p.c, che traducono sul piano processuale sostanziale il contenuto normativo del canone deontologico. Sul piano sanzionistico la rivelazione del segreto professionale non ha effetti soltanto disciplinari. L'art. 622 del Codice Penale, sotto la rubrica "Rivelazione di segreto professionale" recita: "Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516".

⁷ Sul punto si veda W. B. WENDEL, Value Pluralism in Legal Ethics, in «Washington University Law Quarterly», 78/2000, pp. 113-213, spec. p. 113, il quale osserva come la contraddittorietà degli obblighi deontologici sia dovuta al fatto che essi «[s]ono fiduciari di loro clienti, ma allo stesso tempo sono chiamati a servire come "funzionari della Corte". Si veda, in merito, anche M. LA TORRE, *Il Giudice, L'Avvocato e il Concetto di Diritto*, Soveria Mannelli 2002, p. 56, il quale parla, appunto, di natura "anfibia" della professione e utilizza il felice sintagma "parziale imparzialità" per mettere in evidenza la dimensione contraddittoria degli obblighi deontologici degli avvocati. Per un panoramica sui paradossi della professione forense sia consentito fare espresso rinvio a S. L. CUMMINGS (a cura di), *The Paradox of Professionalism: Lawyers and the Possibility of Justice*, New York 2011, passim, e R. O'DAIR, *Text and materials od legal ethics*, London 2001, p. 134 e ss.

⁸ M. H. FREEDMAN, Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions, in «Michigan Law Review», 64/1966, p. 1469 e ss.

paradigmatico, di un difensore che, pur avendo piena contezza della colpevolezza del proprio assistito, durante la fase dell'istruttoria processuale cerca, egualmente, di smontare la testimonianza di un teste che sa veritiero oppure, ancora, non si oppone in alcun modo alla condanna di un innocente, ingiustamente incolpato in luogo del proprio cliente.

Il rispetto del segreto, in casi simili, farebbe precipitare il difensore in un vero e proprio "trilemma" morale⁹ da cui l'avvocato non può tirarsene fuori se non al prezzo, piuttosto alto, di sacrificare un valore sull'altare dell'altro. Questo autentico Giogo di Procuste, al di là dell'icastico eufemismo, che ricorda, per certi versi, il paradosso del doppio legame di Gregory Bateson – in base al quale, si ricorderà, la contraddizione di diversi linguaggi conduce a forme di schizofrenia¹⁰, viene in qualche modo ricomposto da alcuni autori che propongono una visione "standard" della deontologia dell'avvocato. Secondo tale visione "standard", infatti, una volta che l'avvocato ha individuato e specificato gli interessi che il cliente nutre nel caso affidato alle cure del proprio legale, egli deve perseguirli senza preoccuparsi delle implicazioni morali che potrebbero, per certi versi, macchiarne il candor¹¹.

Questa impostazione è frutto di quello che viene usualmente definito come l'endiadi "ruolo amorale"¹² della professione forense; sintagma che prospetta il modello deontologico/morale di un rappresentante processuale assorbito dal proprio codice professionale, il quale agisce come un distaccato sicario; un professionista "hired gun", a cui interessa soltanto individuare e intraprendere quelle strategie, giuridiche ed ermeneutiche, che appaiono come le più efficaci al fine di assicurare al proprio assistito, sul piano materiale, il soddisfacimento dei propri interessi sostanziali¹³.

Da una tale prospettiva, giocoforza, la lettera della legge non può che rappresentare, inevitabilmente, nulla di più che un mero ostacolo materiale che il difensore deve riuscire a superare, o quantomeno eludere, attraverso le proprie arti eristiche ovvero con sottili sofismi ermeneutici, sfruttando, ove possibile, la

⁹ Ivi, p. 1471.

¹⁰ Si veda G. BATESON, Doppio vincolo, tr.it., (1969), in ID., *Verso un'ecologia della mente*, Milano 1976, p. 323.

¹¹ Si veda S. L. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, in «American Bar Foundation research Journal», 4/1986, pp. 627–28, testo dell'articolo liberamente consultabile al sito internet: <http://ssrn.com/abstract=1268871>; e ID., *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, in «Yale Law Journal», 104/1995, p. 1550 – 52.

¹² S. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, cit., p. 616.

¹³ Si vedano, sul punto, T. SCHNEYER, *Some Sympathy for the Hired Gun*, in «Journal of Legal Education», 41/1991, p. 11; M. H. FREEDMAN, *Personal Responsibility in a Professional System*, in «Catholic University Law Review», 27/1978, pp. 191-205.

vaghezza semantica del linguaggio normativo, ed approfittando, senza alcuna remora, di lacune legislative e cavilli ermeneutici¹⁴. Giocoforza, da una tale cornice argomentativa, lo spessore deontico dell'etica professionale perde di densità e l'avvocato a «null'altro criterio è sottomesso che a quello della massima utilità per il proprio cliente»¹⁵. In conseguenza, la concezione standard propone l'ideale di un avvocato che con la toga assume su di sé vincoli morali particolari, tra cui il sacro vincolo di non rivelare mai il segreto professionale. Seguendo l'impostazione tradizionale, in effetti, l'avvocato incorrerebbe in una sanzione deontologica (e in alcuni ordinamenti, quali il nostro, anche di natura penale) se rivelasse che il proprio assistito è colpevole, anche se l'intento fosse quello di impedire la condanna di un innocente¹⁶.

La giustificazione di un simile rigore viene solitamente ricondotta a ragioni di effettività della difesa tecnica: se il cliente non fosse sicuro che il proprio difensore non potrebbe mai essere costretto a testimoniare né, tantomeno, decidere di farlo senza cadere in una qualche sanzione, difficilmente sarebbe disposto a rivelargli tutti i dettagli della vicenda, tendendo, verosimilmente, a mentire ovvero ad occultare gran parte dei dati più rilevanti. Un assassino, per

¹⁴ Sul punto si vedano R. O'DAIR, *Text and materials on legal ethics*, cit., p. 134; R. C. CRAMTON, *Furthering Justice By Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable*, in «Fordham Law Review», 70/2002, p. 1599 e ss.; M. H. FREEDMAN, A. SMITH, *Understanding Lawyers' Ethics*, (3d ed. 2004), p. 78 e ss.; N. M. CRYSTAL, *Developing a Philosophy of Lawyering*, in «Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy», 14/2012, pp.75-101; R. ATKINSON, *Beyond the New Role Morality for Lawyers*, in «Maryland Law Review», Vol. 53, n. 4, 1992), pp. 863-979; S. D. CARLE, *Power as a Factor in Lawyers' Ethical Deliberation*, in «Hofstra Law Review», 35/2006, pp. 115 e ss.; K. R. KRUSE, *The Jurisprudential Turn in Legal Ethics*, in «Arizona Law Review», 53/2011, pp. 493-531 e ID., *Engaged Client-Centered Representation and the Moral Foundations of the Lawyer-Client Relationship*, in «Hofstra Law Review», 30/2011, pp. 577-594; D. LUBAN, *Conscientious Lawyers for Conscientious Lawbreakers*, in «University of Pittsburgh Law Review», 52/199, p.793 e ss., e ID., *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, in «University of Illinois Law Review», 3/ 2005, pp. 815-845; C. P. CURTIS, *The Ethics of Advocacy*, in «Stanford Law Review», 4/1951, pp. 3-23; ID., *The Noblesse Oblige Tradition in the Practice of Law*, in *Vand. L. Rev.*, 41/1988, p. 717 ss.; ID., *Misplaced Fidelity*, in *Tex L. Rev.*, 90/2012, pp. 673-690; T. DARE, W. B. WENDEL (a cura di), *Professional Ethics and Personal Integrity*, Newcastle 2010, passim; W. LEHMAN, *The Pursuit of a Client's Interests*, in «Michigan Law Review», 77/1979, p. 1078; H. W. JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, in «Villanova Law Review», vol. 23, (1978), pp. 957-976; M. STRASSBERG, *Taking Ethics Seriously, Beyond Positivist Jurisprudence in Legal Ethics*, in «Iowa Law Review», 80/1995, pp. 901 e ss.; T. D. MORGAN, R. W. TUTTLE, *Legal Representation in a Pluralistic Society*, in «Georgetown Washington Law Review», 63/1995, p. 984 e ss.; J. BASTEN, *Control and the Lawyer-Client Relationship*, in «Journal of the Legal Profession», 6/1981, pp. 7-38, p. 26 e ss.; S. J. LEVINE, *Taking Ethical Discretion Seriously: Ethical Deliberation as Ethical Obligation*, in *Indiana L. Rev.*, 37/2003, 22-63; R. W. GORDON, *The Independence of Lawyers*, in *Boston U. L. Rev.*, 68/1988, pp. 1-80. In chiave ricostruttiva si veda, tra gli altri, T. MORGAN, *The Evolving Concept of Professional Responsibility*, in *Harvard L. Rev.*, 90/1977, 702 ss.;

¹⁵ M. LA TORRE, *Il giudice, L'avvocato e il concetto di diritto*, cit., p. 55.

¹⁶ Cfr. D. R. FISCHER, *Lawyers and Confidentiality*, in *U. Chi. L. Rev.*, 65/1998, 1-33, spec. 1. Si veda pure, in senso critico, W. H. SIMON, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics*, Harvard University Press 1998, p. 138 e ss.

esempio, o qualsiasi altro colpevole di un delitto punito con una pena severa, tenderebbe ad insistere, in modo pervicace e certo controproducente, sulla propria innocenza tentando di convincere, in primo luogo, proprio colui ne dovrà assumere le difese in giudizio. Agendo in questo modo, tale ipotetico soggetto processuale finirebbe giocoforza per dilapidare, ineludibilmente, tutti i vantaggi, e parte delle ragioni, della difesa tecnica¹⁷. Da una prospettiva funzionalistica, in effetti, è difficile negare che un deficit cognitivo non possa riverberarsi sulla difesa, togliendone efficacia e, conseguentemente, competenza sostanziale¹⁸.

L'idea della giustificazione della regola del segreto professionale muovendo dalla teleologia funzionalistica è avversata da chi è convinto che una simile teoria della difesa giovi soprattutto a chi abbisogna della stessa per evitare una condanna che altrimenti sarebbe giusta. In sintesi all'innocente non servirebbe la confidenzialità, anzi potrebbe essergli paradossalmente dannosa, promuovendo il pregiudizio secondo il quale tutto ciò che dice un avvocato equivale a menzogna¹⁹.

Altri autori, tra cui il positivista W. Bradley Wendel, osservano, invece, come la complessità della scienza giuridica e il tecnicismo processuale rappresentino elementi che rendono complesso e difficile il fatto che l'innocente possa realizzare, da solo e con il proprio giudizio, di essere tale. Un assassino, per esempio, potrebbe non conoscere l'operatività di una scriminante che impedisce di poter qualificare il fatto come antiggiuridico²⁰. Senza la confidenzialità, dunque, l'innocente potrebbe non sapere di essere tale, preoccupato piuttosto di nascondere anche al proprio legale i dettagli della vicenda. Attraverso la regola

¹⁷ D. LUBAN, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, in «University of Illinois Law Review», cit., p. 830. Da notare, in aggiunta, quanto osservato in merito da Geoffrey C. Hazard, secondo il quale: «[t]he privilege is also considered necessary to the lawyer's function as confidential counselor in law on the similar theory that the legal counselor can properly advise the client what to do only if the client is free to make full disclosure». Cfr., G. C. HAZARD, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, cit., p. 1061.

¹⁸ A. W. ALSCHULER, *The Preservation of a Client's Confidences: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, in «University of Chicago Law Review», 52/1982, p. 349 e ss., spec. p. 351, e, da una prospettiva psichiatrica, S. A. SALTZBURG, *Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists*, in *Va. L. Rev.*, 66/1980, 597 ss.

¹⁹ Questa critica può essere fatta risalire a J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Tait, Edimburgo 1843, vol. II, 473 ss., il quale sostiene, appunto, che il privilegio del segreto professionale, per come congegnato, gioverebbe certo più alle canaglie che agli innocenti.

²⁰ W. B. WENDEL, *Professional Responsibility: Examples & Explanation*, cit., p. 134. Si veda pure, sul punto, M. H. FREEDMAN, A. SMITH, *Understanding Lawyers' Ethics*, cit., § 6.01; M. W. TANKERSLEY, *The Corporate Attorney-Client Privilege Culpable Employees, Attorney Ethics, and the Joint Defense Doctrine*, in *Tex. L. Rev.*, 58/1980, p. 809 e ss., spec. 817; G. F. LUTKUS, *Implications of Upjohn*, in *Notre Dame L. Rev.*, 56/1982, pp. 807-902.

“aurea” del riserbo professionale i clienti, invece, possono essere indotti ad offrire ai propri difensori tutti i dettagli della vicenda che li vede protagonisti, nell’ambito di una comunicazione leale e sincera; presupposto necessario per godere a pieno di una difesa efficace, considerando la notevole cifra di tecnicismo che spesso rende oscuro ed inaccessibile il diritto ai comuni cittadini²¹. In assenza della confidenzialità, dunque, verrebbe conseguentemente meno il teorema della imprescindibilità della difesa tecnica, tra i postulati essenziali delle moderne (e non solo) costruzioni democratiche.

Nondimeno, pur considerando l’ineludibilità della confidenzialità, rimane sul tappeto la questione del grado della sua qualità deontica. Considerando il canone di cui all’art 28 Cod. Deo., che parla appunto di “dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell’avvocato”, nonché la struttura nomologica propria delle regole deontologiche - che presentano una struttura a fattispecie aperta -²², sempre plausibile inferirne la struttura normativa di principio. Ciò, inclinando il discorso sul piano operativo, significa che la regola della confidenzialità non si applicherebbe secondo la logica del “tutto o niente”, afferente, com’è noto, ai contrasti di regole tra loro contraddittorie. Piuttosto entrerebbe in una delicata opera di bilanciamento con altri valori deontologici come, ed esempio, il rispetto

²¹ Sul punto si veda R. C. CRAMTON, L. P. KNOWLES, Professional Secrecy and Its Exceptions: Spaulding v. Zimmerman Revisited, in *Minn. L. Rev.*, 83/1998, 63-127, spec. 102, secondo cui, incoraggiando i clienti a comunicare ogni informazione rilevante ai propri legali, anche quei fatti intimi o imbarazzanti, grazie all’esistenza del segreto professionale e le sue ricadute sanzionatorie, gli avvocati sono messi nella posizione di poter offrire ai propri clienti un’assistenza legale competente ed effettiva nonché una difesa efficace nella fase processuale.

²² Ciò era sancito espressamente nel previgente codice deontologico. In effetti, all’art. 60, rubricato come “norma di chiusura” veniva stabilito che: “le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l’ambito di applicazione dei principi generali espressi”. Del resto, anche nelle pronunce del CNF si è sottolineato, a più riprese che “i canoni” di cui si compongono le norme deontologiche “adempono alla funzione di tipizzare, solo nella misura del possibile, comportamenti deontologicamente rilevanti desunti dall’esperienza di settore e dalla stessa giurisprudenza disciplinare e sono comunque esplicitazioni delle regole generali, inidonei quindi ad esaurire la tipologia delle condotte punibili” (C.N.F. 28.04.2004 n. 121; C.N.F. 10.11.2005 n. 132). Nondimeno il nuovo Codice Deontologico non reca più menzione di questa clausola aperta, sulla scorta dell’art. 3 co. III della nuova legge professionale – il quale sancisce che “il codice deontologico espressamente individua tra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall’osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l’espressa indicazione della sanzione applicabile”. Il legislatore ha voluto promuovere il passaggio da un regime di atipicità verso uno di tipicità, ritagliato sulla dimensione delle norme incriminatrici penali. Nondimeno considerando la struttura nomologica delle disposizioni codicistiche è impensabile sovrapporre totalmente i due sistemi normativi e la presenza di numerose clausole aperte nonché di espressioni dalla notevole cifra di vaghezza semantica sono indici di una principio-structure delle disposizioni deontologiche. Sicché se ne deve inferire che essere non sfuggono alla teoria del bilanciamento tipica del processo di applicazione dei principi.

dei valori costituzionali e della CEDU²³. Su questa posizione insiste, tra gli altri autori critici della visione categorica delle disposizioni deontologiche, William Simon, il quale sostiene una teoria della professione di tipo ermeneutico-contestuale, di ispirazione dworkiniana, dove al difensore viene sempre richiesto di perseguire il “legal merit” della controversia affidata alle sue cure, postergando, se necessario, gli interessi del proprio assistito²⁴.

Secondo l’A., infatti, nel contrasto tra il rispetto della regola della confidenzialità e il sacrificio di un valore di rango superiore, non soltanto dalla prospettiva deontologica, come per esempio la vita umana messa in pericolo da una sentenza ingiusta e resa contro un innocente, il difensore avrebbe il dovere morale/deontologico di abbandonare il privilegio del riserbo e realizzare una giustizia sostanziale rendendo, addirittura, testimonianza. Certo suona non poco supererogatorio imporre agli avvocati, prezzolati dai clienti e tenuti comunque alla lealtà verso quest’ultimi, il dovere morale di inseguire la giustizia sostanziale, nondimeno l’argomento di William Simon può essere mitigato e razionalizzato in un’ottica operativa. Per esempio è possibile sostenere che, nel caso di un contrasto tra principi deontologici supremi, in un hard case, la decisione dell’avvocato di abbandonare il riserbo contro il proprio cliente per perseguire un risultato di giustizia sostanziale può essere priva di rilevanza disciplinare, e conseguentemente di sanzione alcuna, laddove sia evidente e certo che ciò rappresenti l’unico modo per salvare un innocente o per impedire una condanna intollerabilmente ingiusta.

Nondimeno, nella pluralità dei valori delle moderne società democratiche, caratterizzate da quello che John Rawls definisce come “disaccordo ragionevole”²⁵, consentire un bilanciamento tratto sulle intuizioni di giustizia dei singoli avvocati potrebbe risultare, in the long turn, affatto controproducente, determinando una diseguale applicazione della giustizia, a discapito degli utenti

²³ Art. 1 – L’avvocato. 1. L’avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l’inviolabilità e l’effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio. 2. L’avvocato, nell’esercizio del suo ministero, vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell’Ordinamento dell’Unione Europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell’interesse della parte assistita.

3. Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela dell’affidamento della collettività e della clientela, della correttezza dei comportamenti, della qualità ed efficacia della prestazione professionale.

²⁴ W. H. SIMON, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers’ Ethics*, cit., p. 138. Secondo Simon gli avvocati devono assumere (solo) quelle azioni che, tenendo in considerazione le circostanze rilevanti del caso in particolare, verosimilmente appaiono idonee a promuovere la giustizia», abbandonando l’idea standard, dal sapore veteropositivistico, per cui a «rigid rule dictates a particular response in the presence of a small number of factors».

²⁵ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, (1993), trad. it., Milano 1994, pp. 56-57.

profani e del valore della certezza del diritto. Per tale motivo, sembra ragionevole sostenere l'argomento per cui soltanto in casi in cui il prezzo della confidenzialità sia tanto elevato da apparire insostenibile in ragione degli altri valori supremi, al difensore potrà essere consentito di argomentare e giustificare l'abbandono della confidenzialità, e ciò attraverso un vaglio che sia in qualche modo preventivo rispetto a tale decisione.

Del resto esistono alcune decisioni deontologiche, anche nel contesto veteropositivistico del Bel Paese, che sembrano poter validare, o quantomeno offrire un supporto giurisprudenziale, ad un simile teorema. Paradigmatico, in tal senso, è il noto caso dell'omicidio di Piazzale Lotto, del 10 febbraio 1967, riportato in commento, tra gli altri, da Remo Danovi. In quella celebre vicenda un avvocato, e professore di procedura penale, ha svelato il fatto che un omicidio (nel caso di specie di un benzinaio) era stato commesso dal componente di un movimento politico e non dall'imputato indiziato del delitto; circostanza, quest'ultima, appresa attraverso un colloquio riservato con un proprio assistito. Dall'esame di tale vicenda appare evidente come la violazione del segreto professionale rappresentasse l'unica via possibile per impedire che il processo si concludesse con l'inevitabile condanna di un innocente²⁶. Essendo stato violato il segreto professionale, il 14 luglio del 1970 il Consiglio dell'Ordine di Milano promosse l'apertura di un procedimento disciplinare nei confronti del difensore, contestandogli la violazione (anche) della confidenzialità, seppur ancor non

²⁶ R. DANОВI, *La prevedenza forense*, 3/2011 - 1/2012, pp. 40-43. Scrive Remo Danovi, in un icastico ritmo romanzato «[m]entre il dibattito si sta svolgendo, un autorevole avvocato, professore di procedura penale all'Università di Milano, chiede di comparire avanti la Corte di Assise per rendere una dichiarazione liberatoria nei confronti dell'imputato. L'avvocato si presenta e dichiara di conoscere fatti per cui è da escludere la responsabilità dell'imputato. Non aggiunge altro, invocando il segreto professionale [...]». Qualche giorno prima l'avvocato in questione aveva fatto recapitare un telegramma ove comunicava al Giudicante: «“Onde evitare possibile errore giudiziario prego attendere cortesemente mio rientro Milano previsto mercoledì sera dovendo rendere dichiarazione che esclude responsabilità imputato”». Prosegue Remo Danovi raccontando come «[a] tale udienza compariva l'avvocato il quale dichiarava di aver appreso da una persona non nominata (che gli aveva chiesto consiglio e assistenza) circostanze tali da escludere con certezza la responsabilità dell'imputato: null'altro l'avvocato aggiungeva, dichiarandosi vincolato dal segreto professionale». Ivi, p. 41. In buona sostanza l'avvocato protagonista dell'episodio aveva rivelato solo quanto strettamente necessario per appurare processualmente la verità dei fatti, comunicando soltanto di ricevuto la visita di una persona «che ha chiesto il mio consiglio e assistenza ed eventualmente il mio patrocinio. Tale persona mi ha rivelato fatti e circostanze che escludono l'imputato dalla responsabilità del delitto. Allorché ho avuto la certezza morale che quelle rivelazioni erano attendibili, io ho sentito il bisogno, dopo riflessione matura, di prendere l'iniziativa che ho preso”. Sulla scorta delle affermazioni del legale l'istruttoria proseguì in modo più accurato appurando l'insussistenza delle accuse. Ibid. Si veda pure, sul celebre caso, R. DANОВI, *Trattato pratico di diritto forense - Il codice deontologico*, Milano, III ed., vol. II, 2006, pp. 199 e ss., a commento dell'art. 9 del codice deontologico forense. Si veda, ancora, G. VERGANI, *L'assassino di Piazzale Lotto*, Milano, 1973; A. CILLARIO, *Signor giudice, chiuda un occhio*, Milano 2002, p. 51 e ss.; A. RIVA-L VIGANO, *Un delitto al giorno*, Milano, 2006 (1994); A. CIAVOLA, *L'avvocato penalista e il rapporto con il cliente*, in rivista telematica www.altalex.com.

codificata ma espressione pacifica della giurisprudenza deontologica²⁷. All'esito del procedimento il Consiglio dell'Ordine, tuttavia, stabilì di assolvere l'incolpato, sulla scorta di un complesso iter logico-ermeneutico in cui venne messa in evidenza la distinzione categoriale tra il concetto di segreto professionale in sè stesso, inteso come categoria astratta, e il contenuto del segreto, concepito come affermazione cognitiva concreta. Attraverso tale procedimento diairetico, il consesso disciplinare giunse alla conclusione di non poter rilevare, nel caso di specie, la violazione del segreto professionale²⁸.

Pur ribadendo che, in via di principio, anche "l'esistenza di un segreto è cosa da tenere segreta", il COA aveva appurato che, considerate le particolarità, anche morali, del caso in esame, «la valutazione sul piano disciplinare può essere diversa poiché essa dipende dal giudizio di sintesi sulla condotta attuata, sulla sua volontarietà e sulle sue giustificazioni»²⁹. A prescindere dall'argomentazione invero non perspicua sulla *distinctio* tra segreto e suo contenuto, la decisione in esame, seppur non condivisa da altri giudici deontologici³⁰, offre un autorevole conforto alla tesi prospettata, dimostrando come le regole deontologiche vadano ponderate tra loro, in una delicata operazione di bilanciamento ermeneutico e di giustificazione argomentativa, dove non possono non trovare diritto di cittadinanza argomenti morali di tipo contestuale.

²⁷ R. DANOVI, *La previdenza forense*, cit., p.41.

²⁸ *Ibidem*. «l'avvocato non aveva dichiarato il contenuto materiale di un segreto professionale, ma la cornice di un contenuto non rivelato... (ed infatti) rivelare un segreto significa manifestarne l'oggetto, non già asserirne l'esistenza. L'esistenza di un segreto non è essa stessa cosa segreta. Al contrario, è proprio l'allegazione di quel vincolo ciò che protegge dalla curiosità o dall'investigazione degli altri un contenuto che non deve e non può essere rivelato».

²⁹ *Ivi*, p. 42.

³⁰ Lo stesso Danovi sottolinea come il Consiglio dell'Ordine di Catania, in una fattispecie pressoché identica e risalente a moltissimi anni addietro, aveva punito il proprio iscritto con la più severa delle sanzioni disciplinari: la radiazione. Cfr., R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2004, p. 191, e A CIAVOLA, *L'avvocato penalista e il rapporto con il cliente*, cit. supra nota 29.

