

LE OPINIONI

IL CONFLITTO D'INTERESSI "POSIZIONALE"

1.- Un problema di deontologia professionale che merita più attenzione di quella che sembra essergli dedicata è il «conflitto d'interessi posizionale».

Ridotto ai minimi termini, il quesito è il seguente: se ed a quali condizioni sia lecito all'avvocato, in assenza di qualsiasi altra ragione di conflitto, proporre, sostenere o difendere tesi giuridiche antagoniste.

Il quesito si pone nella sfera della deontologia professionale, che, per quanto assuma come referente l'etica, è pur sempre, quando non ripeta o integri norme giuridiche, un complesso di regole tecniche dell'esercizio dell'arte, condivise e manifestate agli utenti: dà quindi per risolte o rimosse questioni genuinamente etiche come la tomistica *utrum advocatus peccet si iniustam causam defenderit* o di natura filosofica in merito all'accettabilità del discorso retorico di matrice sofistica, inclusi l'eristica e i *dissoi logoi*, i discorsi doppi tanto cari ai logografi, proponendosi solo di porre limiti metodologici ad un conseguimento *per fas et nefas* del risultato desiderato.

La vita economica e sociale si caratterizza sempre più per la presenza di gruppi qualificati da interessi di cui i membri sono portatori, anche se non istituzionalizzati negli organismi di cui all'art. 137 del Codice del consumo. Si tratta di gruppi e di interessi spesso contrapposti e in conflitto: pazienti e medici; datori di lavoro e lavoratori; titolari di privative industriali e antimonopolisti, proprietari di case e conduttori, fornitori professionali di beni e servizi e consumatori, per fare qualche esempio.

Secondo le situazioni contingenti, anche uno stesso soggetto può presentarsi ora come membro di un gruppo ora come membro del gruppo contrapposto.

Le contrapposizioni e i conflitti generano, com'è naturale, tesi, dottrine, teorie, orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

La specializzazione delle professioni legali fa sì che l'avvocato, che non sia dichiaratamente collegato a taluno di questi gruppi (e si trovi quindi normalmente da una sola delle parti), venga in contatto ora con l'una

ora con l'altra delle parti contrapposte che chiedono i suoi servizi professionali nel settore in cui egli è particolarmente versato. L'esercizio in forma associata della professione moltiplica e complica le occasioni di contatto.

La possibilità che il singolo avvocato o diversi avvocati che esercitano in comune siano richiesti di rappresentare interessi contrapposti che richiedono l'assunzione di posizioni legali altrettanto contrastanti è assai elevata.

L'introduzione nel nostro ordinamento della «class action» costituisce un ulteriore catalizzatore di questa possibilità.

Le note che seguono non hanno la presunzione di offrire soluzioni e neppure di dare suggerimenti. Lo scopo è quello di suscitare attenzione, anche attraverso il confronto con altro ordinamento, e, se giudicata utile, una discussione.

2. - Il dibattito sul conflitto di posizione è assai vivace da tempo negli Stati Uniti ed ha dato luogo ad una «formal opinion» da parte dello Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility dell'American Bar Association (n. 93-377 del 16 ottobre 1993), con riferimento alla Rule 1.7 del Model Rules of Professional Conduct, che disciplina appunto il conflitto d'interessi, ma sono riportate opinions con sfumature diverse emesse dai comitati etici delle associazioni professionali dei vari stati, i cui codici etici talora coincidono, ma talora si differenziano dal modello dell'American Bar Association.

La «massima» della formal opinion è in questi termini (traduzione nostra): «Quando un avvocato è richiesto di difendere una posizione implicante una questione di diritto sostanziale che sia direttamente contraria alla posizione sostenuta dal medesimo avvocato (o dallo studio associato di cui fa parte) per conto di un altro cliente in una differente e non correlata causa in corso di giudizio dinanzi alla medesima autorità giudiziaria, l'avvocato, in assenza di consenso da parte di entrambi i clienti, espresso dopo piena informazione, deve rifiutare di accettare il secondo mandato se sussiste un concreto rischio che la difesa, da parte dell'avvocato, per conto di un cliente crei un precedente che sia suscettibile di pregiudicare in modo rilevante la posizione legale che egli sta sostenendo per conto dell'altro. Se le due cause non sono in corso di giudizio dinanzi alla stessa autorità giudiziaria e non vi è concreto rischio che uno

dei due mandati sia negativamente influenzato dall'altro, l'avvocato potrà procedere con entrambi».

L'argomento è ripreso nel "comment" n. 24 alla vigente Rule 1.7 introdotto nel testo riveduto nel 2002: «Normalmente un avvocato può assumere posizioni legali contrastanti in differenti tribunali in tempi differenti per conto di differenti clienti. Il mero fatto che la difesa di una posizione legale per conto di un cliente possa creare un precedente contrario agli interessi di un cliente rappresentato dal medesimo avvocato in un affare non correlato non costituisce conflitto d'interessi. Un conflitto d'interessi sussiste, tuttavia, se vi è un significativo rischio che un'azione dell'avvocato per conto di un cliente limiti in modo rilevante l'efficace difesa di un altro cliente in una causa differente; per esempio, quando una decisione a favore di un cliente costituirà un precedente suscettibile di indebolire seriamente la posizione assunta per conto dell'altro cliente. Fattori rilevanti per determinare se è necessario rendere avvertiti i clienti del rischio sono: la pendenza delle due cause, se la questione è sostanziale o processuale, la relazione temporale fra i due affari, la rilevanza della questione per gli interessi immediati e di lungo termine dei clienti coinvolti e le ragionevoli aspettative dei clienti all'atto del conferimento del mandato. Se vi è significativo rischio di rilevante limitazione, in assenza di consenso informato da parte dei clienti coinvolti, l'avvocato deve rifiutare uno dei mandati o rimetterne uno o entrambi».

3. - L'art. 37 del Codice deontologico italiano non contiene indicazioni sul tema specifico.

Il canone I precisa che «sussiste conflitto d'interessi [...] quando lo svolgimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento di un nuovo incarico».

Il canone non sembra un decisivo ausilio per la soluzione del problema.

Se il nuovo incarico si trova in conflitto di posizione con il precedente, l'indipendenza ne risulterà tanto meno pregiudicata (non senza paradosso) quanto più, nell'ipotesi di assunzione anche del secondo mandato, l'avvocato sosterrà con vigore la posizione legale che esso comporta, anche se opposta a quella sostenuta nel primo; ma certamente potrà risultarne pregiudicata, a seconda delle circostanze, ed oggettivamente, l'efficacia (ad esempio, nel caso estremo che le due cause pendano di-

nanzi al medesimo giudice, è difficile che questi, per quanto abile sia l'avvocato, si faccia contemporaneamente convincere della bontà delle due tesi contrapposte; oppure, se, collocandosi la questione dibattuta in un'area di novità o di evoluzione, il giudizio ottenuto per primo sarà utilizzato come precedente nel secondo).

Anzi, costituisce maggior potenziale pregiudizio dell'indipendenza l'adesione costante ad una tesi od il collegamento stabile con gruppi d'interesse.

Sembra qui di cogliere una cospicua differenza tra la nozione di conflitto d'interessi propria del nostro ordinamento deontologico e quella assunta oltreoceano. L'assicurazione di una efficace difesa degli interessi del cliente e, quindi, l'assenza di limiti esterni nell'assunzione di ogni possibile posizione legale per prendere in considerazione, raccomandare o svolgere il corso dell'azione più appropriato costituisce uno dei contenuti essenziali delle regole sul conflitto. L'indipendenza di giudizio e la «loyalty» non sono che gli strumenti dell'efficacia. Nel nostro codice il rapporto sembra invertito, nel senso che la prevenzione di situazioni che possono pregiudicare l'efficacia è strumentale all'assicurazione dell'indipendenza. In altri termini, la deontologia americana appare "client-oriented", laddove la nostra sembra più "lawyer-oriented".

Ne deriva una diversa considerazione del consenso informato. Là il conflitto posizionale, incidendo potenzialmente sulla qualità delle prestazioni contrattuali all'esecuzione delle quali l'avvocato si è obbligato nei confronti del cliente, risulta superabile dal consenso informato del creditore di tali prestazioni. Se il bene tutelato è invece quello di connotazione pubblicistica dell'indipendenza della professione, il consenso del cliente non avrà alcuna efficacia.

4. - Tanto è vero che la norma americana ed i trattatisti sul tema considerano solo il conflitto posizionale originato da una pluralità di clienti attuali o potenziali. Ma il conflitto posizionale potrebbe originarsi anche quando il cliente è il medesimo: si faccia il caso che l'avvocato difenda un'impresa che intenda tutelare una propria privativa industriale contro un supposto contraffattore, che si difende sostenendo la nullità del brevetto in base a determinate tesi in tema, poniamo, di ovvietà dell'invenzione; e che poi lo stesso cliente venga invece attaccato da altro titolare di privativa e richieda all'avvocato di difenderlo e che la miglior difesa

consista proprio nel sostenere quelle teorie giuridiche che l'avvocato avversa nella prima causa. In un caso del genere il conflitto di posizione non è che il riflesso del conflitto in cui lo stesso cliente si trova. Ma se il cliente è in conflitto con se stesso, sarà lecito all'avvocato, per quanto abituale sia il supposto cliente, difenderlo in entrambe le posizioni? Se diamo preminente rilievo all'efficacia, probabilmente dobbiamo dare risposta positiva: l'unicità ed il consenso del cliente autorizzano l'avvocato al *dissos logos*; se diamo rilievo alla tutela dell'indipendenza, essa rischia di essere compromessa se, per non dispiacere al cliente, l'avvocato accetta anche il secondo mandato sapendo che ne potrebbero risultare oggettivamente compromessi gli interessi stessi del suo cliente; nessun valore potrà avere il consenso (o addirittura la sollecitazione) del cliente in ordine all'assunzione di entrambi i mandati; non è forse l'avvocato tenuto ad una valutazione indipendente degli stessi interessi di chi si rivolge a lui? e non è forse la difesa più indipendente anche quella più efficace? la risposta è dunque probabilmente negativa e l'avvocato, per conservare intatta la propria indipendenza, dovrà invitare il suo cliente a rivolgersi ad altro collega per il secondo mandato.

5. - Probabilmente è limitativo ricercare la soluzione nelle norme relative al conflitto d'interessi. Benché la fattispecie sia descritta in termini di conflitto, le norme deontologiche che debbono essere con maggiore pertinenza richiamate sono quelle che hanno tratto alla diligenza, alla lealtà, alla fedeltà, all'indipendenza.

A conclusione di queste brevi note è tuttavia forse utile, traendo ispirazione dal "comment" dell'American Bar Association più sopra riferito, elencare, senza pretesa né di ordine né di completezza, snodi rilevanti del problema:

(a) il carattere sostanziale o processuale della questione: la prima è normalmente valutabile *ex ante*; la seconda potrebbe con maggiore probabilità presentarsi in corso di causa ed incidere su posizioni sostanziali del tutto prive di correlazione;

(b) il carattere contenzioso o consulenziale della prestazione richiesta: entro quali limiti il parere *pro veritate* può convertirsi in pareri *pro veritatibus*?

(c) l'identità o meno del foro e del grado di giudizio: l'attenzione su questo punto da parte della deontologia americana è caratterizzata dal di-

verso valore, colà, del precedente; come valutare questi aspetti nel nostro diverso contesto giuridico?

(d) il grado di contemporaneità dell'insorgere della questione: a quale distanza di tempo possiamo ritenere la questione irrilevante deontologicamente? ed ha il tempo una relazione con le posizioni legali in considerazione (in altri termini, ve ne sono alcune di eterne)?

(e) l'identità o la pluralità di clienti coinvolti: abbiamo visto sopra che la pluralità non è elemento costitutivo della fattispecie potenzialmente conflittuale; dovremo invece ritenere, sul piano normativo deontologico che se non vi è pluralità non vi è neppure conflitto?

(f) il valore dell'informazione e del consenso: è materia disponibile da parte del cliente? che ampiezza deve assumere l'informazione? come porre in relazione una adeguata *disclosure* con il dovere di riservatezza?

(g) come trattare il problema nell'ambito dell'esercizio pluralistico della professione? deve valere la regola generale che la posizione in cui si trova il singolo avvocato si trasferisce all'associazione o comunque agli altri colleghi legati da comunanza di studio oppure sono ammissibili diverse «scuole di pensiero» nell'ambito della medesima compagine professionale, istituendo, eventualmente, barriere interne adeguate?

Poiché ci siamo proposti di non dare soluzioni, lasceremo senza risposta le domande.

Ci sembra tuttavia che questi siano gli aspetti salienti che dovrebbero essere tenuti presenti da chiunque voglia invece dare indicazioni più risolutive.

Carlo A. Piria
Avvocato in Milano