Relazione inaugurale dell'anno giudiziario presso il Consiglio nazionale forense

di Guido Alpa

Roma, 22 febbraio 2006

Signor Ministro Guardasigilli, Autorità, cari Colleghi, Signore e Signori,

questa relazione succede a tre momenti importanti che hanno segnato l'anno or ora decorso: il primo congresso internazionale organizzato dall'attuale Consiglio, sullo stato della professione forense nell'Unione europea, intorno al quale si sono aggregati i consensi delle rappresentanze dei Paesi Membri intervenuti e del CCBE; il XXVIII Congresso nazionale forense, dedicato ai rimedi alla crisi della giustizia proposti dall'Avvocatura; la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione, a cui i rappresentanti dell'Avvocatura, cioè gli esponenti del CNF, hanno potuto non solo partecipare come per il passato ma portare il proprio contributo di analisi e di proposta esprimendo oralmente le voci della intera categoria, in tutte le sue componenti. Atteso il ristretto arco di tempo che scandisce questi tre avvenimenti e quello odierno, mi avvarrò di qualche rinvio *per relationem* alla trattazione analitica di alcuni dei temi già discussi, al fine di sviluppare invece quelli che hanno carattere di novità, vale a dire, ovviamente, la registrazione dell'attività svolta dal Consiglio, dalle Commissioni e dalle sue istituzioni nel corso del 2005.

1. L'avvocato europeo

Quanto al congresso internazionale, i cui atti sono in corso di stampa, ma è a disposizione sul sito del CNF la videoregistrazione delle sedute, si sono considerate le tre prospettive in cui si può collocare l'attività professionale nei confini dell'Unione: la definizione di regole giuridiche e deontologiche uniformi per la professione forense, lo svolgimento di attività legale da parte degli stranieri in Italia, lo svolgimento della professione da parte degli avvocati italiani nei Paesi dell'Unione. Mentre appare più difficile elaborare regole giuridiche comuni, attesa la difformità dei modelli che affondano le loro radici in antiche tradizioni, più semplice è la redazione di regole deontologiche comuni. Attualmente il nostro codice – assunto come punto di riferimento dal CCBE per la redazione del codice internazionale degli avvocati – è considerato all'avanguardia. E il codice predisposto dal CCBE deve essere aggiornato tenendo conto delle diverse direttive che investono la nostra professione, quali quella contro il riciclaggio di proventi illeciti e la direttiva generale sui servizi, peraltro ancora in fase di completamento.

Il CNF ha allestito, oltre alla delegazione composta da Colleghi provenienti da diversi Ordini, un ufficio apposito, per poter fare fronte al lavoro diurno implicato dalla discussione dei temi oggetto degli interventi della rappresentanza europea degli avvocati, che riguarda, oltre agli aspetti etici, la difesa dei diritti fondamentali, l'accesso alle Corti superiori, il quadro comune di riferimento per le attività giudiziarie, la tutela degli azionisti di minoranza, la lotta alla pena di morte, e, tra l'altro, anche la redazione di principi comuni di diritto privato europeo.

Si tratta della armonizzazione del diritto privato sostanziale, oltre che della organizzazione di rimedi processuali esperibili dinanzi ai giudici dei diversi Paesi dell'Unione. Per noi, portatori di uno dei codici civili più apprezzati, potrebbe apparire ultroneo dar vita ad un quadro di principi comuni o addirittura ad un "codice civile europeo". Ma se si pensa che ormai i rapporti transnazionali sono sempre più fitti, che essi riguardano non solo gli studi legali di grandi dimensioni, ma tutti coloro che – dalla parte degli imprenditori o dalla parte dei consumatori e dei

risparmiatori – si occupano di difendere diritti e interessi collegati alla diffusione di beni, servizi, prodotti finanziari in mercati extranazionali, appare illusorio sperare che la legge italiana sia destinata a prevalere nella scelta delle parti, e ancor meno nella scelta degli arbitri, quando essi si vedano attribuito questo potere. Meglio dunque un diritto armonizzato e comune, piuttosto che soggiacere all'applicazione di un diritto straniero, che pone l'avvocato italiano in una posizione di naturale difficoltà rispetto al suo contraddittore, il quale si avvantaggia della lingua del contratto, della lingua del processo, della cultura e dell'esperienza collegate alla legge applicabile.

Le iniziative assunte dall'Unione europea, in particolare dalla Direzione Generale Salute e consumatori (SANCO) sono certamente apprezzabili, ma dal punto di vista funzionale hanno dato dito a qualche problema, sia nella scelta degli argomenti tra discutere con gli *stakeholders*, di cui fa parte una nutrita rappresentanza di avvocati (anche italiani), sia nella scelta dei testi sottoposti alla loro valutazione, che sono apparsi un po' troppo complessi e poco fruibili dal punto di vista professionale. In ogni caso, i lavori sono in corso e il CNF, che da tempo si è attrezzato per seguire questo fenomeno di "europeizzazione del diritto privato", specie con riguardo al diritto europeo già vigente, dovuto all'*acquis communautaire*, ha avviato numerose iniziative seminariali in materia e un intenso programma di diffusione dei mezzi di apprendimento e di aggiornamento per gli avvocati, comprensivi, ovviamente, della materia del diritto comunitario, anche in linea con le richieste della Direzione Generale Giustizia e Affari interni della Comunità.

Qualunque possa essere l'esito dei progetti di codificazione del diritto privato europeo non si potrà prescindere dal valore della Costituzione europea e dalla sua applicazione ai rapporti tra privati. Né si potrà continuare a pensare che le regole del diritto privato – in un'Europa che sta procedendo verso una maggiore integrazione politica – possano continuare ad appartenere ai soli ordinamenti nazionali. La storia ci insegna che progetti unificatori sono già stati tentati, e, addirittura in epoche in cui era impensabile pensare all'Europa nel senso moderno in cui la concepiamo noi, e alle istituzioni che si sono create nella seconda metà del Novecento – già circolava l'idea di una codificazione a livello europeo: in un recente saggio Stefano Rodotà ha richiamato l'attenzione sull'affermazione di Bigot de Préameneu (uno dei maggiori giuristi che avevano partecipato alla discussione del testo del *Code civil*) in base alla quale il codice francese poteva costituire il modello di un "diritto comune" dell'Europa. Un sogno che lo stesso Napoleone aveva coltivato, pur nella consapevolezza che un codice non è solo un prodotto "tecnico" ma è anche un documento di alto valore politico. E' vero che i codici ottocenteschi hanno avuto una funzione determinante nel creare le identità nazionali e nel rafforzare la loro ossatura giuridica, ma è anche vero – e lo sottolinea sempre Rodotà – che una codificazione europea non può prescindere dal processo costituente della nuova Europa. Non si tratta dunque soltanto di raggiungere un prodotto assimilabile ad un semplice "restatement" della situazione esistente negli ordinamenti nazionali, né di contemperare principi provenienti da tradizioni e culture giuridiche differenti. I principi fondanti il diritto privato europeo si debbono rintracciare nella Costituzione europea: sono per l'appunto i diritti fondamentali in essa racchiusi.

A questo punto emerge una questione di fondo: esclusa la natura solo tecnica del codice, e riaffermata la sua funzione politica, come raggiungere questo obiettivo? E' chiaro che non è possibile raggiungerlo né attraverso le proposte che derivano dalle ricerche accademiche (le quali assolvono un compito essenziale, ma non sufficiente) né attraverso la sola opera degli organi comunitari, che offrirebbero un testo privo di concorso partecipativo di tutti i cittadini. Quella che Rodotà definisce "armonizzazione analitica" potrebbe, se mai, costituire la base del processo di codificazione, a cui tuttavia mancherebbe un'anima, cioè la griglia di valori condivisi e accettati nella loro espressione rivelata dal codice. Il compito che attende le istituzioni comunitarie è dunque più complesso di quello che appare dai documenti fin qui emessi e discussi in questo libro. Se già sarà difficile realizzare un "common frame of reference", così come sarà difficile pervenire ad un "codice modello" di natura tecnica, sempre inseguendo il sogno, sarà ancora più difficile raggiungere il risultato di un codice civile partecipato e condiviso non solo dai giuristi ma da tutti i cittadini d'Europa. E' questa, dunque, la sfida che ci riserva il futuro del diritto privato.

2. La crisi della giustizia e l'apporto dell'Avvocatura

Quanto al XXVIII Congresso nazionale forense, l'Avvocatura ha esaminato con lucidità e senza veli la situazione critica in cui versa l'organizzazione della giustizia, cercando di studiarne le cause – peraltro ben note a tutti coloro che hanno a cuore questo che è uno dei beni pubblici più rilevanti, al punto da costituire lo specchio dello Stato di diritto incarnato in un Paese – e individuandone alcuni rimedi. Rinvio, per un quadro sintetico, ai paragrafi successivi, e pure al testo della relazione che ho presentato in quella occasione. Rimane ora l'allestimento della seconda fase del Congresso, che dovrà essere discussa innanzitutto nell'ambito degli Ordini forensi, che sono stati rinnovati proprio alcune settimane fa, e pure con le diverse componenti associative dell'Avvocatura, che per complesse ragioni statutarie non hanno potuto partecipare e che desidererei invece ne facessero parte a pieno titolo, proprio perché, oltre al pluralismo e al sano dibattito interno alla categoria, questa possa presentarsi unita e forte dinanzi ai suoi interlocutori, che talvolta profittano della naturale tendenza centrifuga per dialogare con una parte resa più debole.

Occorre innanzitutto esprimere soddisfazione per tutte le proposte che, di recente, ponendosi questo interrogativo, hanno incluso il ruolo dell'Avvocatura nei programmi di riforma della amministrazione della giustizia. Non soltanto per le regole dell'ordinamento giudiziario che riconoscono al CNF il ruolo di rappresentante dell'Avvocatura e per questo gli hanno garantito il diritto non solo di assistere ma anche di interloquire nel corso della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione, e non solo per quelle disposizioni che includono il presidente del CNF e un componente del CNF nel Consiglio che amministra il funzionamento della Corte di Cassazione, ma anche per quelle proposte che esaltano la funzione dell'Avvocatura nella soluzione della crisi del sistema. Si tratta, ovviamente, non della funzione suppletiva e complementare che assolvono i giudici di pace o i GOA e i GOT, ma piuttosto della presenza degli avvocati nell'ambito degli organismi che vigilano sulla funzione giudiziaria (il CSM, ad es.), della presenza degli avvocati nella compagine della Corte costituzionale, della assunzione da parte di avvocati di funzioni giudiziarie alla Corte di Cassazione, della presenza di avvocati nelle Scuole di specializzazione destinate alla formazione dei giudici (oltre che degli stessi avvocati e dei notai).

Al di là del ruolo del difensore nel processo civile, penale, amministrativo, tributario e costituzionale, si deve considerare che l'Avvocatura presta le sue funzioni in forma suppletiva, vicaria, con i giudici onorari, con i giudici di pace (tra i quali molti sono avvocati), e, soprattutto, con la coltivazione delle Adr.

Spetta alle Adr un compito oggi divenuto essenziale. Promosse come tecnica di amministrazione alternativa della giustizia per allargare l'accesso ai diritti e alla loro tutela da parte dei consumatori - in sede comunitaria già dal 1976 - oggi le Adr hanno acquisito una funzione ben più rilevante e onerosa: quella di contribuire alla riduzione dei carichi pendenti presso i giudici togati e alla riduzione dei nuovi procedimenti ordinari.

In questo senso, si possono distinguere due ruoli:

- il ruolo degli Ordini, i quali possono istituire camere arbitrali, di conciliazione e di mediazione, alle quali far affluire le controversie che si debbono risolvere in loco;
- il ruolo degli avvocati i quali, da un lato, si trovano ad essere chiamati a svolgere funzioni dirimenti (di arbitro, di mediatore e di conciliatore), dall'altro, con distinti elenchi o con le precauzioni e prevenzioni richieste per evitare i conflitti d'interesse, continuano a svolgere presso gli organi di Adr la loro funzione difensiva.

Gli organismi di Adr, i loro regolamenti, i settori in cui si praticano sono stati oggetti di un'ampia ricerca curata dal CNF, i cui esiti sono stati incoraggianti (se si pensa al fatto che questa cultura di giustizia alternativa non aveva attecchito nel nostro paese)¹

Occorre ora insistere perché tutti gli Ordini si dotino di questi strumenti ormai divenuti

¹ CNF, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, a cura di Alpa e Danovi, Milano, 2004.

inevitabili al fine di temperare gli effetti negativi della crisi della giustizia, alla quale, se non si può porre rimedio, si possono comunque applicare argini di contenimento.

Occorre poi promuovere l'attuazione del processo telematico: questa tecnica si confà, molto di più di qualsiasi altra, alla accelerazione dei procedimenti, alla chiarezza e trasparenza dei singoli atti, alla riduzione dei tempi e alla rapidità di conclusione delle procedure.

Il CNF segue fattivamente gli esperimenti in corso in sette sedi, portando un contributo tecnico oltre che di promozione culturale.

Quando si parla di crisi della giustizia si affronta un tema che sembra indissolubilmente collegato con la storia del nostro paese, come documentano le relazioni politiche e istituzionali dei primi del Novecento, del primo dopoguerra e del secondo dopoguerra. E purtroppo un male diffuso in tutta l'Unione europea, che non si può risolvere con interventi di settore, quale quello riguardante l'ordinamento giudiziario, o la riformulazione dei confini delle circoscrizioni giudiziarie, o, peggio, la riforma del processo civile «a pezzi e bocconi». Occorre invece dare supporto al giudice togato attraverso l'istituzione del *clerk*, attraverso la informatizzazione degli uffici, attraverso la organizzazione di corsi di aggiornamento e di qualificazione, e attraverso, come anticipavo, il decantamento del carico giudiziario con l'attivazione di vie alternative alla soluzione delle controversie.

7. segue. La pluralità e la funzionalità dei riti²

Una delle linee direttrici delle riforme attuate e di quelle in fieri assegnano alla difesa civile un ruolo determinante nella amministrazione delle liti. Si pensi al rito societario e al nuovo rito civile, in cui l'opera della difesa, in gran parte preparatoria di quella del giudice, o il ruolo degli avvocati quali arbitri, contribuisce alla celerità delle procedure e ad una maggior certezza nella delibazione delle questioni giuridiche coinvolte.

E' chiaro che la pluralità di riti costituisce un aggravio per l'organizzazione della difesa, dovendo l'avvocato di volta in volta individuare il rito applicabile, attrezzarsi per condurre la causa in modo differenziato a seconda del rito applicabile, avvedersi delle scansioni processuali e dei meccanismi di decadenze da essi previsti. Di qui l'osservatorio che il CNF ha avviato per accertare la "resa" delle nuove regole, consapevole del fatto che il procedimento non deve più essere valutato solo dal punto di vista della sua funzionalità tecnica, ma anche dal punto di vista delle sue "esternalità": cioè dei suoi costi, anche in termini di lavoro professionale, e dei suoi effetti.

E' ormai convinzione comune che l'amministrazione efficiente della giustizia incide sui rapporti economici e quindi sull'economia di ogni Paese; di più – come è risultato dal Rapporto per l'anno 2004 della Banca mondiale degli investimenti^{3[3]} – incide sull'immagine del Paese, sia sotto il profilo della funzionalità del suo ordinamento giuridico, sia sotto il profilo della affidabilità dei suoi magistrati.

E non è un caso che i ritardi nella amministrazione della giustizia siano – non sempre fondatamente e non sempre oggettivamente – la ragione della preferenza per i sistemi apparentemente più elastici di *common law* rispetto a quelli, considerati più rigidi e meno funzionali, di *civil law*.⁴

Al di là di frettolose conclusioni, che meriterebbero ben altro approfondimento, resta il fatto che l'immagine data dal nostro Paese, più volte richiamato, anche con sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, alla responsabilità di offrire ai propri cittadini una giustizia lenta e inaffidabile, e perciò "ingiusta" oltre che inutile, produce effetti negativi di ogni tipo: dalla scelta della legge

^{2[2]} A questo proposito v. G.Negri, *Il processo civile schiacciato tra i riti*, ne *Il Sole 24 Ore*, 7.11.2005,p.25; ed ivi l'opinione di C.Consolo, *Il "societario" non decolla*.

^{3[3]} The World Bank Group, *Doing Business in 2004*, World Bank Publications.

^{4[4]} Non a caso l'ultimo congresso nazionale del Notariato, tenutosi a Pesaro nei giorni 18-21 settembre 2005(*Civil Law-Common Law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*) era dedicato proprio a questo tema .

applicabile, che scoraggia l'indicazione del diritto italiano, alla rinuncia all'accesso alla giustizia ordinaria, per le conseguenze negative che ne potrebbero derivare, alla accettazione di transazioni poco soddisfacenti per ottenere comunque un risultato, anche se *oborto collo*.

Il clima di sfiducia che si è ingenerato ha coinvolto anche la nostra categoria, imputandole di favorire le lungaggini dei procedimenti, l'indulgenza ad atteggiamenti capziosi, la volontà di ostacolare l'ordinato svolgersi dei procedimenti o la conclusione definitiva delle vicende seguite. Si tratta, come tutti noi ben sappiamo, dell'alone di diffidenza o di denigrazione che da tanto tempo, anzi, da secoli, affligge l'Avvocatura. Ma al di là di queste dimensioni criticabili, che gettano un ingiusto biasimo sulla categoria, l'Avvocatura non può che reagire alla crisi con una migliore qualificazione professionale, con proposte concrete di miglioramento delle regole e delle strutture.

Il gruppo di lavoro composto da prestigiosi esperti del diritto processuale che, presso il CNF, si occupa dei problemi della giustizia e che, in collaborazione con le diverse Commissioni del Consiglio deputate a studiare i temi direttamente connessi alla amministrazione della giustizia, sta elaborando una serie di proposte che riguardano il nuovo rito civile, la valutazione degli effetti del rito societario, la proponibilità di un modello di *class action* compatibile sia con il sistema giuridico vigente sia con il codice deontologico forense, e si sta occupando anche del diritto processuale che governa i rapporti familiari, ancora allo stato disorganico e lontano da una accurata riformulazione.

Ma dobbiamo pensare che la globalizzazione richiede norme deontologiche e norme processuali il più possibile omogenee tra loro. Anche per questo ci stiamo aggiornando e predisporremo una efficace informativa a tutti gli avvocati.⁵

La cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione

L'Avvocatura, tra i suoi compiti istituzionali aventi natura sociale, si fa interprete dei diritti e degli interessi dei cittadini, e assolve il suo compito con spirito di servizio e con intenti di collaborazione piena e soddisfatta con tutte le istituzioni. La presenza alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione di un'Avvocatura non silente ma con "diritto di parola" ha avuto anche questo rilevante significato: di fronte ai rappresentanti di tutto l'apparato istituzionale, cioè il Presidente della Repubblica, il Parlamento e il Governo, la Corte costituzionale, la Magistratura e l'Avvocatura dello Stato, la presenza dell'Avvocatura si identifica con la presenza dei *cittadini*. Non si tratta di una presenza autoreferenziale, ma piuttosto di una testimonianza, di chi difende i diritti e gli interessi dei cittadini attraverso i procedimenti giudiziari, di chi proprio perché si fa paladino del diritto alla difesa assolve ad un ruolo *costituzionale*.

Vorrei insistere su questa cerimonia e sul suo significato rituale e semantico più di quanto non abbia potuto fare, per ragionevoli ristrettezze di tempi, nell'occasione, davvero *storica*, che è stata offerta alla nostra categoria.

E l'oggetto della nostra celebrazione è, con tutta evidenza, l'idea suprema della Giustizia, ovvero l'idea che esista un diritto fondamentale alla giustizia e alla difesa dei propri diritti ed interessi, ed il predicato di valore che siamo chiamati ad esprimere è che tale diritto fondamentale appartiene a quegli elementi necessari ed indefettibili dell'identità costituzionale di una comunità statale, rispetto ai quali tutti, autorità, pubblici funzionari, comuni cittadini, siamo chiamati ad adempiere il supremo dovere di fedeltà alla Repubblica, proclamato dall'art. 54 Cost. In altre

⁵ Cominciando dal convegno di Trieste dei giorni 1-3 dicembre 2005, organizzato in collaborazione con Mauro Bussani e con l'Istituto di diritto comparato della Facoltà di Economia dell'Università di Trieste; in argomento v. i *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, predisposti da G.C.Hazard e M.Taruffo, con la collaborazione di R.Stuerner, sotto l'egida dell'Unidroit e dell'American Law Institute; e gli *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*, a cura di F.Carpi e A.M.Lupoi, Torino, 2001; Hazard e Dondi, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, 2004, ora comparso in versione italiana per i tipi del Mulino.

parole, il dovere di essere fedeli alla Repubblica deve essere inteso come dovere di un comune sentimento di rispetto e di aderenza ad una certa precisa identità del nostro ordinamento costituzionale⁶.

3. Un'identità, ben inteso, scolpita nella lettera della Costituzione, e nel comune sentire dei consociati. Sul terreno della giurisdizione, la Costituzione ha nel tempo subito un processo di adeguamento a quel comune sentire la cui manifestazione più emblematica è stata la riscrittura dell'art. 111 Cost., informato ora ai canoni del giusto processo, con il consenso unanime di tutte le forze politiche. Non sia ritenuto qui superfluo ricordare che tale conquista è stata ampiamente voluta e richiesta dal Paese e dagli operatori della giustizia, e sia anzi concesso di esprimere un senso di disagio nel dovere constatare che troppe innovazioni costituzionali sono state realizzate, in questa come nella passata legislatura, senza quell'ampio consenso che meritano, e che solo può assicurare che l'innovazione entri nella coscienza dei cittadini e degli operatori e vada ad integrare quell'identità costituzionale che deve e può essere l'oggetto di un sano patriottismo repubblicano. L'aspirazione ad un processo giusto, "che serve alla tutela dei diritti e degli interessi (art. 24 Cost.): ossia un processo adeguato allo scopo per cui è destinato"^{7[7]}, tale aspirazione è oggi patrimonio di tutta la comunità nazionale, e il senso profondo della cerimonia odierna si concreta nel registrarne, in chiave ricognitiva, la definitiva assunzione tra i valori costituzionali fondamentali, e nel ribadirne, in chiave precettiva, la doverosa osservanza, in capo a tutti i soggetti del processo e della giurisdizione: in capo alla magistratura giudicante, qui rappresentata dal Primo Presidente, tenuta a dirimere le controversie in posizione di equidistanza e terzietà dalle parti processuali; in capo al CSM, qui rappresentato dal Vicepresidente, tenuto a governare il corpo dei magistrati secondo la legge, a proteggerne l'autonomia e l'indipendenza da ogni altro potere dello Stato, ad esercitare con rigore la funzione disciplinare; in capo al Ministro, tenuto ad organizzare i servizi relativi alla giustizia, ma anche a promuovere orientamenti e programmi legislativi in materia di giustizia; in capo alla magistratura requirente, qui rappresentata dal Procuratore Generale, chiamata a svolgere le sue funzioni nell'interesse generale, ma pur sempre parte processuale; in capo all'Avvocatura, qui rappresentata dai componenti del Consiglio nazionale forense, la cui presenza è prevista dalla legge, e non è più un gradito omaggio delle autorità che gestiscono la cerimonia⁸:

4. Non può peraltro sfuggirci che l'attenzione del legislatore per la cerimonia inaugurale – attenzione di cui, lo ribadiamo, l'Avvocatura è consapevolmente riconoscente – non è solo tesa ad adeguare tale celebrazione ad una forma più coerente con la coscienza collettiva e con l'identità costituzionale italiana, ma anche a sfruttare le virtualità della funzione simbolica per rispondere alla crisi grave in cui versa la Giustizia. Quasi che il legislatore si sia reso conto che tale crisi, come ogni vera profonda crisi istituzionale, non necessita solo di rimedi organizzativi e finanziari – peraltro imprescindibili – ma può essere superata solo motivando e risvegliando anche le energie culturali e spirituali dei soggetti processuali, con la carica immaginifica, evocatrice, in qualche misura pedagogica di questa cerimonia e delle altre che si terranno nelle Corti d'appello.

5. Non è questa la sede per analisi di dettaglio. Mi sia consentito dire solo che la crisi della giustizia è sempre più intrecciata con la crisi del principio di certezza del diritto. Bruno Leoni distingueva tra certezza del diritto a breve termine, propria degli ordinamenti continentali, e in buona sostanza affidata a una "*formula espressa chiaramente in un testo scritto*", con la inevitabile "*possibilità che la legge attuale possa essere sostituita ad ogni momento da una legge successiva*",

⁶ G. SALERNO, op. cit.

⁷ G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in in AA. VV., *Il giusto processo*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma 2003, 17 e ssg., 51 e ssg., 61.

⁸ L'art. 2, comma 29 della legge 25 luglio 2005, n. 150 dispone che la cerimonia si svolge "...in forma pubblica e solenne, con la partecipazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, dei Procuratori generali presso le Corti d'appello, e dei rappresentanti dell'Avvocatura".

ed una certezza del diritto a lungo termine, quella cara ai Romani, che “*accettavano e applicavano un concetto di certezza del diritto il cui senso era che il diritto non doveva mai essere soggetto a cambiamenti improvvisi e imprevedibili*”, la sola certezza in grado di “*mettere i cittadini in grado di fare liberamente e con fiducia progetti per il futuro*”⁹. Quale principio di certezza del diritto informa un ordinamento come quello italiano attuale, dove una norma, sinistramente battezzata come “norma ghigliottina”, prevede l’abrogazione, entro un certo termine, di tutte le disposizioni precedenti al 1970, con un’ampia serie di eccezioni, tra le quali spiccano tutte le disposizioni che il Governo indicherà in un apposito decreto legislativo e la cui permanenza in vigore riterrà “indispensabile”¹⁰?!

L’attività di controllo dentologico del Consiglio

Anche questo è stato un anno intenso, ricco di avvenimenti, di dibattiti, di determinazioni che hanno impegnato il Consiglio, i collaboratori e le unità del personale molto a di là della sua attività di controllo deontologico e molto al di là delle funzioni complementari che esso normalmente assolve per dettato legislativo.

sessioni ordinarie e sessioni itineranti

Commissioni
Centro
Fondazione

L’attività culturale

Anche il Consiglio, direttamente, oltre che mediante le sue Commissioni, il Centro di formazione e la Fondazione dell’Avvocatura, e spesso unitamente alla Cassa di Previdenza, e alle associazioni dell’Avvocatura, ha dato grande spazio all’aggiornamento professionale e alla discussione su temi nuovi o complessi nei quali si articola l’evoluzione dell’ordinamento interno e dell’ordinamento comunitario. Di qui la partecipazione a incontri di studio e la promozione di seminari che hanno avuto sede in varie Regioni e, quando possibile, anche all’estero. Mi riferisco, a mero titolo d’esempio, ai temi concernenti la Costituzione europea (Messina), la responsabilità sociale dell’impresa (Roma), i nuovi aspetti del diritto contrattuale (Mantova, Oxford, Vienna, Bruxelles), i diritti fondamentali (Salerno), la responsabilità civile (Parma, Roma), la responsabilità del professionista (Catanzaro), la formazione dell’avvocato (Roma, Pistoia, Pisa), le riforme professionali e l’etica della professione (Roma, Sassari, Spoleto, Agnone, Fermo, Palmi, Latina, Bari, Brindisi, Lecce, Forense, Macerata, Londra), la situazione degli ordini minori (Caltagirone) la globalizzazione (Roma), l’analisi economica del diritto (Roma). Ed ha promosso iniziative in collaborazione con la Corte Costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, la Corte di Cassazione, la Corte di Giustizia, il Parlamento europeo, e molte Università.

⁹ B. LEONI, *La libertà e la legge*, 1961.

¹⁰ Cfr. art. 14, Legge 28-11-2005 n. 246, *Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005*, pubblicata nella Gazz. Uff. 1 dicembre 2005, n. 280.

La disciplina dell'attività forense. Il diritto comunitario e le conclusioni dell'Avv. Gen.

Le due cause pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia della Comunità europea, che ci auguriamo possano risolversi in modo favorevole all'Avvocatura italiana, nell'interesse generale del Paese e degli stessi utenti della giustizia e della professione, riguardano rispettivamente la domanda pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Torino (riguardante la inderogabilità delle tariffe forensi, causa C-94/04) e di Tribunale di Roma (riguardante la legittimità delle tariffe massime e minime per prestazioni di consulenza legale). L'Avvocato Generale ha offerto le sue conclusioni muovendo da una premessa che ci ha confortato, e cioè che – per ragioni di continuità di orientamento ermeneutico, di certezza del diritto, ma anche per l'insussistenza di nuovi dati di fatto tali da modificare la situazione esistente al momento in cui la Corte ebbe a pronunciarsi nel caso *Arduino* – non vi è motivo di discostarsi da quella giurisprudenza. Ciò perché la disciplina delle tariffe, nell'ordinamento italiano, pur essendo limitativa (a suo dire) della concorrenza in materia di servizi professionali, realizza tuttavia un interesse generale in quanto è oggetto di valutazione da parte dell'organo pubblico – nella specie il Ministro della Giustizia – e quindi la sua determinazione non è affidata all'autodisciplina della categoria professionale interessata.

L'Avvocato Generale ha invitato la Corte ad effettuare un controllo *in concreto* dell'esercizio di questo potere di controllo e di ridefinizione delle proposte della categoria. Ed in effetti la Corte non potrà non rilevare che le tariffe, così come *determinate* – e non *approvate* – dal decreto del Ministro Guardasigilli, anche a seguito dei due pareri del Consiglio di Stato sui quali esso si è fondato, si sono allontanate non poco dai progetti predisposti dalla categoria. Di più. In contrasto con il disposto legislativo che consente al CNF di proporre *ogni due anni* l'aggiornamento delle tariffe, la loro determinazione è avvenuta ben dieci anni dopo l'ultimo rinnovo, senza neppure recuperare la svalutazione accumulatasi nel decennio, come ha potuto documentare uno studio predisposto dal gruppo di lavoro appositamente istituito dal CNF.

Tuttavia, l'Avvocato Generale, pur riconoscendo che il tariffario è riservato allo Stato, si è chiesto se esso potesse comprendere non solo le tariffe delle prestazioni professionali rese nell'ambito di una controversia davanti ad un giudice, ma anche le prestazioni legali stragiudiziali. In questo senso la sentenza *Arduino* sarebbe neutra rispetto alle tariffe stragiudiziali e queste, riguardando un'attività diversa da quella giudiziale e avendo effetti anticoncorrenziali, dovrebbero essere abolite.

Il ragionamento muove da presupposti che sono errati. Innanzitutto non è vero che vi sia tra avvocato e cliente una maggiore asimmetria informativa rispetto all'attività giudiziale, perché l'attività stragiudiziale è presa dettagliatamente in considerazione dei modelli tabellari. La libera negoziazione, tenendo conto del valore o delle ore impiegate in tale attività, sarebbe comunque penalizzante per il "consumatore" (se si vuol denominare così l'assistito dall'avvocato). In più, il contenuto di tale attività è rivolta a preconstituire l'attività giudiziale, cioè la difesa dei diritti in giudizio, oppure a prevenire il contenzioso, oppure ancora ad assegnare un quadro normativo all'operazione economica prospettata dall'assistito. E se si considera che l'attività stragiudiziale che ha ad oggetto la difesa dei diritti è stata inclusa, al pari di quella giudiziale, nell'area non assoggettata alla disciplina antiriciclaggio, nelle due ultime direttive in materia

appare evidente che l'orientamento normativo del Parlamento e quindi degli organi che sono deputati ad applicare le norme approvate va in senso esattamente opposto a quello sostenuto dall'Avvocato Generale.

Quanto alla inderogabilità dei minimi tariffari il ragionamento riguarda soprattutto la libertà di stabilimento, e presuppone che l'avvocato straniero che intenda stabilirsi in Italia non possa concordare con il cliente un compenso inferiore al minimo tariffario, che è inderogabile per legge. Ciò ostacolerebbe la sua acquisizione di clientela. Ma, a parte il fatto che gli avvocati stranieri in Italia godono del medesimo trattamento degli avvocati italiani, e quindi si muovono su di un piano di parità, anche ai fini della concorrenza, la riduzione del corrispettivo al di sotto del minimo contravverrebbe non solo a principi deontologici che l'avvocato straniero è obbligato a rispettare

(ancora sussistendo, per universo consenso il principio della doppia deontologia) ma si porrebbe in contrasto con il principio di diligenza professionale e di qualità della prestazione, con l'agevolazione all'accesso alla giustizia che garantisca un effettivo e corretto svolgimento dell'attività professionale.

Se si considera poi che vi sono altri presupposti errati nel ragionamento dell'Avvocato Generale (quali l'esistenza di un divieto di calcolo della prestazione su base oraria, determinazione per contro ammessa, ovvero il maggior costo di esercizio in Italia per chi non potrebbe dividere i costi con altri colleghi, assunto smentito dalla semplice osservazione che gli avvocati stranieri che si sono stabiliti o che esercitano in Italia sono sempre collegati con gli avvocati italiani e con essi ripartiscono costi e proventi dell'attività) si ha ragione di credere che la Corte terrà fermo il principio enunciato nel caso *Arduino*.

Anche le conclusioni finali non sono così drammaticamente critiche nei confronti del nostro sistema. La proposta riguardante le tariffe stragiudiziali salva il sistema purché il provvedimento nazionale "sia stato sottoposto ad un effettivo controllo da parte dello Stato e il potere del giudice di derogare agli importi tariffari sia interpretato in conformità al diritto comunitario, in modo da limitare l'effetto anticoncorrenziale di tale provvedimento". La proposta relativa alla derogabilità dei divieti tariffari salva il sistema attuale purché "sia stato sottoposto ad un effettivo controllo da parte dello Stato e il potere del giudice di derogare agli importi tariffari sia interpretato conformemente al diritto comunitario, in modo da limitare l'effetto anticoncorrenziale".

Le cautele dell'Avvocato Generale dovrebbero essere superate dalla realtà attuale, che è stata adeguatamente rappresentata alla Corte di Giustizia. Ma il suggerimento di affidare al giudice nazionale la valutazione di compatibilità con il diritto comunitario potrebbe dare luogo ad un contenzioso sull'applicazione delle tariffe che comporterebbe dispendio di tempo, incertezza nella relazione con l'assistito, strascichi ulteriori di cause che si aggiungerebbero all'ordinario – e insostenibile – carico pendente. E' evidente che il giudice nazionale deve applicare il diritto comunitario, adeguando il diritto interno al modello europeo, ma è altrettanto evidente che la Corte di Giustizia (uno dei pilastri della costruzione del diritto comunitario) assolve ad una *funzione nomofilattica* anche nell'orientare le interpretazioni date dai giudici nazionali alle materie in cui è competente l'Unione europea. Ora, il modello che la Corte approverà potrà costituire la linea da seguire, senza costringere il giudice nazionale ad accertare – volta per volta – se sussistano o meno i presupposti indicati dall'Avvocato Generale per derogare ai principi che egli ha ritenuto di codificare nelle sue conclusioni.

Ma vi sono ancora due aspetti sui quali val la pena di richiamare l'attenzione delle istituzioni comunitarie che si occupano della nostra professione, dei giudici comunitari e dei giudici interni, e, ovviamente, di quanti – in Parlamento e al Governo – si propongono di dettare nuove regole. Un aspetto, di natura generale, concerne la *specificità* della professione forense; l'altro, la indissolubilità delle regole sulla professione dalle regole sul rapporto contrattuale che si istituisce con il "cliente", cioè l'*assistito*.

La specificità della professione forense

Specialità e interessi generali. La direttiva 2005/36/CE del 7.9.2005 sulle qualifiche professionali

La specialità della professione esercitata dagli avvocati è riconosciuta nei progetti di legge, là dove si fa rinvio alle regole ad hoc riservate alle professioni che tutelano *interessi generali*. Ma essa è riconosciuta anche in ambito comunitario, non solo nella Carta di Nizza e nella Costituzione europea, ove si riconosce e garantisce il diritto alla difesa, ma perfino nelle direttive che disciplinano la libertà di esercizio dell'attività professionale e la libertà di stabilimento^{11[11]}. Per ciò che riguarda gli avvocati, mi riferisco alle direttive n. 77/249 CEE del 1977 e 98/5/CE del 1998. Ma

¹¹ Nella letteratura più recente v. Ferraro, *L'avvocato comunitario. Contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005, p. 25 ss.

soprattutto alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2005/36/CE approvata il 7.9.2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali¹² ove si sottolinea, già nei “considerando” che il regime generale di riconoscimento non impedisce che uno Stato membro imponga, a chiunque eserciti una professione nel suo territorio, requisiti specifici motivati dall’applicazione delle norme professionali giustificate dall’interesse pubblico generale; tali requisiti riguardano, ad es., le norme in materia di organizzazione della professione, le norme professionali, comprese quelle deontologiche, le norme di controllo e di responsabilità.

In altri termini, si fa salva la disciplina deontologica, la disciplina della organizzazione degli studi professionali, la disciplina dell’accesso, della formazione e dell’apprendimento continuo, che, rispettati a canoni comuni, sono tutti ambiti nei quali gli Stati possono prevedere regole speciali, aggiuntive e più restrittive di quelle che costituiscono il minimo comune denominatore comunitario.

In questa prospettiva viene rafforzata la richiesta del Consiglio Nazionale Forense di prefigurare una disciplina organica della professione forense autonoma rispetto al disegno di riforma complessivo di tutte le professioni. E ciò non tanto per conservare “privilegi” quanto per meglio soddisfare l’interesse generale assolto dall’Avvocatura e per sottolinearne il ruolo sociale.

(ii) *Il progetto di direttiva sui servizi*

La indissolubilità del nesso tra disciplina professionale e disciplina del contratto d’opera o mandato

Appare incredibile – a meno che non si pensi esclusivamente con categorie economiche, e, anche ciò facendo, non ci si preoccupi delle connessioni strette tra una disciplina e le sue regole consequenziali – che né la Commissione, nelle sue articoli in Direzioni Generali (e in particolare in materia di concorrenza e di servizi), né il Parlamento europeo, né la Corte di Giustizia, e neppure il Parlamento e il Governo italiani si siano dati carico di capire e quindi di regolare il rapporto tra la disciplina della professione forense e la disciplina del rapporto contrattuale istituito dall’avvocato con il proprio assistito. Le norme del codice civile, previste dagli artt. 2229 ss., che riguardano – si noti, non la distribuzione di servizi ma l’esercizio di *professioni intellettuali* – rinviano alla legislazione speciale per la regolamentazione di quelle professioni il cui esercizio richieda l’iscrizione in appositi albi o elenchi; ciò a garanzia della qualità della prestazione, che può essere offerta solo da chi abbia acquisito l’iscrizione e quindi superato il procedimento di qualificazione, composto di tirocinio, di esame di Stato, e di osservanza dei doveri deontologici, inclusi quelli concernenti la preparazione e l’aggiornamento, si prevede altresì che il compenso sia adeguato all’importanza dell’opera e al decoro della professione; si prevede il divieto del patto di quota lite; si prevede anche una attenuazione della responsabilità in caso di prestazione particolarmente difficile (il che implica, ovviamente, non l’esonero da responsabilità per le prestazioni non difficili, e neppure la riduzione del livello di diligenza, che deve essere comunque superiore a quella ordinaria, perché di natura *professionale*). Ebbene, questo modello non è ancora stato oggetto di regole di armonizzazione. Ciò perché è insito nella materia del diritto privato, in qualche caso, come nel nostro, oggetto di disciplina del codice civile, e quindi ritenuto (a ragione o a torto) ancora lontano dal raggiungere una disciplina uniforme, in quanto coinvolto dal difficile processo di armonizzazione del diritto privato europeo.

Ma proprio per questa ragione le istituzioni sopra enumerate dovrebbero astenersi dall’intervenire: quelle comunitarie, perché incidendo con iniziative inerenti alla concorrenza e i servizi, in realtà finiscono per introdurre *surrettiziamente* regole di diritto privato (si pensi alla libera negoziazione del compenso, alla trasparenza del compenso, alla liberalizzazione dei messaggi pubblicitari, alla liberalizzazione dell’ accaparramento di clientela, e così via); quelle nazionali,

¹² A cui si è dedicato con particolare attenzione l’on. Stefano Zappalà.

perché verrebbero ad anticipare un intervento –i cui oggetti e i cui confini non sono ancora definiti – rischiando non solo di stravolgere il modello tradizionale ma si andare *al di là di quanto richiesto* dalle stesse istituzioni comunitarie.

La concorrenza

1. Premessa

La Relazione diffusa il 18 novembre scorso dall'AGCM a seguito dell'indagine effettuata attraverso le audizioni dei rappresentanti di alcune professioni (notai, architetti, ingegneri, ragionieri, dottori commercialisti, farmacisti) investe direttamente i problemi che da anni si agitano in ambito comunitario e in ambito nazionale sia con riguardo alla disciplina delle professioni regolamentate, sia con riguardo a quelle non regolamentate. La tormentata vicenda dei tentativi di disciplina effettuata nell'uno e nell'altro livello normativo è la prova che non sono ammissibili in questo settore né massimalismi semplificatori, come si può qualificare la proposta di eliminare ogni forma di controllo e addirittura il sistema ordinistico per affidare l'esercizio di queste attività alle "regole del mercato" (contraddicendo non solo la realtà esistente, ma anche la giurisprudenza costante della Corte costituzionale, come confermata dalla pronuncia n. 405 del 2005), né atteggiamenti di difesa di privilegi e immunità, come si può qualificare la proposta di chi, pur apparentemente accedendo alle richieste di liberalizzazione, finisce per conservare il numero chiuso di accesso e limitazioni di natura territoriale. Atteso il prestigio e la competenza acquisiti sul campo dell'AGCM, è doveroso esaminare la Relazione in tutte le sue pieghe, nelle sue proposte e nelle sue critiche. E segnalarne le omissioni, gli equivoci o gli errori che essa contiene. Ed è doveroso pure mantenere un atteggiamento obiettivo, come si conviene a chi vuol fare corretta informazione, anche se può colpire l'insistenza con cui la Relazione evidenzia le resistenze della categoria degli Avvocati, e per essa, del Consiglio Nazionale Forense, ad introdurre le modificazioni suggerite dalla medesima Autorità riguardo a molti principi che disciplinano questa professione o perché diretti a conformarne la identità tradizionale o perché accreditati da una funzione sociale riconosciuta come tale in tutti gli ordinamenti.

2. I fondamenti dell'indagine

Scientificamente parlando, ciò che stupisce della Relazione è il substrato dal quale essa nasce: essa richiama la propria indagine conoscitiva del 1997 (*Indagine conoscitiva nel settore degli ordini e collegi Professionali*, supp.nA, *Boll.* 40/1997) ma ignora la discussione che proprio da quell'indagine è scaturita: la critica alla equiparazione dell'attività professionale a quella d'impresa, la posizione altalenante tenuta dalle diverse Direzioni Generali della Commissione europea, la posizione molto cauta del Parlamento europeo, in qualche occasione in palese contrasto con la Commissione, e soprattutto la giurisprudenza – che sembrerebbe ormai consolidata - della Corte di Giustizia.

Tutti i riferimenti contenuti nella Relazione sono orientati a favore delle idee in essa sostenute, senza menzione di alcuna opinione, tendenza, orientamento che si siano espressi in modo critico rispetto alla posizione manifestata dall' Autorità. Se ne deduce che la Relazione *non è obiettiva*, non è quindi una "relazione", ma piuttosto una *proposta a tesi*.

Nella Relazione non vi è neppure un riferimento ad indagini di carattere economico, proprio quelle che avevano dimostrato l'inattendibilità della Comunicazione della DG Concorrenza con cui si era tentato di disciplinare i servizi professionali (COM (2004)83 def. del 9.2.2004). I dati economici avrebbero dovuto riguardare — dei settori assunti a campione dalla Commissione europea e ripresi nella c.d. indagine dall' AGCM — l'entità dei professionisti iscritti, il trend progressivamente alto di espansione delle iscrizioni, il loro reddito, e, soprattutto, la valutazione dei *costi e dei benefici* sopportati dalle imprese che ritengono di essere afflitte dal peso economico negativo comportato dagli emolumenti corrisposti ai professionisti. Ma un'indagine corretta e

completa avrebbe dovuto anche esaminare le differenze di tempi e costi nella formazione di un imprenditore e di un professionista, le differenze di tempi e costi per l'avvio dell'attività imprenditoriale e dell'attività professionale, le differenze di costi tra l'organizzazione dell'impresa e l'organizzazione dello studio professionale, le differenze di costi assicurativi, le differenze di trattamento fiscale e così via. Da questo punto di vista la Relazione è *incompleta*, fondata su presupposti non verificabili e rivolta ad esporre risultati di dubbia fondatezza.

3. Le peculiarità di alcune attività professionali.

Già nelle sue premesse la Relazione riconosce "peculiarità" ai servizi professionali (§ 3) e riconosce altresì che vi sono interessi generali "come la salute e il diritto di difesa" che dice essere "spesso collegati ai servizi professionali", interessi che richiedono tutela; ed osserva che i principi di concorrenza non contraddicono i principi base su cui le professioni si fondano. Il riconoscimento delle peculiarità è un *leit motiv* che percorre tutta la vicenda della normativa professionale: non solo il sistema attuale, ma anche i tentativi di disciplina comunitaria e i tentativi di disciplina interna. Basti citare sia la Comunicazione (2004)83 sia i due progetti elaborati dall'on. Michele Vietti, sia le diverse versioni dei testi predisposti dal Ministro Guardasigilli per avere piena contezza del fatto che, salve le regole generali, alle singole professioni si può provvedere normativamente solo destinando a ciascuna di esse regole ad hoc. L'AGCM non si pone il problema di base se, proprio tenendo conto delle differenze tra professione e professione, non sia opportuno muovere già dalla partenza con una disciplina differenziata, piuttosto che enunciare regole generiche che accomunano tutte le professioni, per poi ricorrere a deroghe, eccezioni, esenzioni, e così via.

Né si comprende come gli *interessi generali* che l'Autorità riconosce possano essere "spesso" collegati ai servizi professionali, dal momento che salute e difesa sono tutelate *solo* dai servizi professionali, offerti dal medico e dall'avvocato, a meno che non si ritenga che il miglior modo per difendere quegli interessi generali sia quello dell'autoterapia e dell'autodifesa.

Anche l'assunto in base al quale la concorrenza, di per sé, non contraddice "la funzione di garanzia sociale e di tutela degli interessi pubblici" cui le professioni che tutelano interessi generali assolvono è una affermazione di principio che deve essere dimostrata, non può essere propagandata come un risultato condiviso e per così dire indefettibile. Sappiamo tutti che il principio della concorrenza - uno dei pilastri del diritto comunitario - deve convivere ed essere temperato con tutti gli altri principi del diritto comunitario. La tavola dei valori racchiude principi tra loro in contrapposizione, e spetta per l'appunto al giudice, piuttosto che non al legislatore, coordinarli e temperarli. Al contrario di quanto affermato dall'AGCM, la concorrenza può porsi in contrasto con gli interessi generali: se vogliamo anche noi ricorrere ad argomentazioni semplicistiche, si pensi all'"avvocato" o al "medico" - per rimanere agli esempi della Relazione - che in virtù delle regole del libero mercato vogliono svolgere la loro professione senza aver studiato ed essersi formati scientificamente e praticamente prima di sostenere l'esame di abilitazione, senza aver superato l'esame di abilitazione, senza aver avviato il processo di formazione continua che li legittima ad essere iscritti all'albo.

C'è un'idea che serpeggia in tutto il testo della Relazione, mai esplicitata direttamente, ma ben presente nella logica del documento, che consiste nel ritenere che il mercato - anche quello dei "servizi professionali" - funzionerebbe da sé, con le "proprie regole", senza controlli, senza adempimenti, senza organizzazioni interne ai singoli settori. Questa idea di mercato è propria solo di un indirizzo economico, è smentita da molti altri indirizzi economici, ed è ripudiata dalla dottrina giuridica. Sotto questo aspetto la Relazione appare *incoerente*. E pure *lacunosa* là dove, pur enunciando l'opportunità di introdurre regole speciali per alcune professioni, si dimentica di questo assunto, e dal § 3 in poi procede spedita verso un appiattimento ed una omologazione totali delle regole di questo settore.

4. Concorrenza e servizi. La peculiarità dell'attività forense

Nella Relazione non si affronta in modo diretto il rapporto tra le iniziative comunitarie rivolte alla disciplina dei *servizi professionali* (di cui si ricorda però l'ultimo atto, emanato dalla DG Concorrenza, la COM (2005) 405) e le iniziative comunitarie riguardanti i *servizi tout court* (la c.d. direttiva Bolkenstein, attualmente in votazione al Parlamento europeo, COM (2004) 2). In particolare, si addita l'Avvocatura, e per essa il CNF, come una delle roccheforti della conservazione, dimenticando che proprio il testo del progetto di direttiva sui servizi prevede, in alcuni emendamenti, o l'esonero dei *servizi legali* o l'esonero dell'*attività forense* dalle regole introdotte per tutti i servizi, regolamentati e non, che il progetto di direttiva intende disciplinare.

Se già non è possibile dettare regole uniformi per tutte le professioni - regolamentate e non - ancor meno possibile, anzi illegittimo, sarebbe un progetto normativo che uniformasse la disciplina dell'attività forense a quella delle altre attività professionali regolamentate. Non è il caso di ribadire in questa sede quanto già fatto osservare in numerose occasioni di dibattito, di incontro e di confronto: l'attività forense, in quanto diretta alla difesa dei diritti, è: (i) componente indefettibile dello *Stato di diritto*, (ii) *presidio* dei diritti dei cittadini e (iii) *garanzia* della loro tutela, (iv) strumento di *accesso* alla giustizia da parte di tutti i soggetti, a qualunque categoria sociale essi appartengano. L'AGCM non si cura né delle funzioni svolte obbligatoriamente dagli appartenenti alla categoria, né della sua funzione sociale, né della funzione giurisdizionale esclusiva del CNF, né di tante altre disposizioni che assegnano all'avvocato compiti che rendono questa professione un *settore a sè* nell'ambito delle professioni intellettuali.

Anche qui, se è possibile fare ricorso ad argomentazioni semplici, si noti che mentre l'attività forense è svolta (pur con diversi modelli) in tutti i Paesi dell'Unione, alte professioni che sono ascritte all'area legale o non sono riconosciute, o sono svuotate di contenuti, o sono assimilate ad attività di natura esecutiva.

L'AGCM non riconosce questa peculiarità, e distingue nell'ambito dell'attività forense l'attività di difesa dall'attività di consulenza vi sono modelli, come quelli inglese, in cui questa attività è radicata e risale ad una augusta tradizione, che per l'appunto distingue i *solicitors* dai *barristers*. Quel modello non si è radicato in Italia, né in molti altri Paesi dell'Unione. Dobbiamo forse rinunciare alla nostra tradizione e trapiantarne nel nostro Paese un'altra visione che non si adatta al nostro modo di pensare e di operare?

Di più. Sembra che l'AGCM abbia in mente, quale unico modello di organizzazione dell'attività forense, quello dei grandi studi legali, organizzati secondo aspetti in apparenza assimilabili a quelli di una media o grande azienda. Una cosa è la realtà, sulla quale dovrebbe incentrarsi una indagine conoscitiva, altra cosa è la sua rappresentazione ottativa, altra ancora la sua rappresentazione onirica.

5. Il test di proporzionalità

Anche sotto il profilo del test di proporzionalità le argomentazioni della Relazione sono da meditare. E' interessante notare come il test di proporzionalità sia effettuato sulla base di alcuni parametri che coincidono con i fondamenti della COM (2004) 83: deontologia, tariffe, divieto di pubblicità, accesso alla professione, organizzazione societaria. Non si prendono in considerazione i flussi di accesso alla professione, i tempi di formazione e qualificazione professionale di quanti abbiano fatto ingresso nell'ambito professionale, il rapporto tra corrispettivo e costi di qualificazione, organizzazione ed erogazione del "servizio", gli effetti dell'aggregazione tra professionisti. Anche questi dovrebbero essere criteri (tra gli altri) da considerare nella applicazione del test di proporzionalità.

Consideriamo però i singoli parametri utilizzati.

(i) *Codici deontologici.*

La Relazione ritiene che i codici deontologici siano costituiti da regole emanate da associazioni di professionisti, in quanto elaborati ed applicati dagli Ordini o dai Consigli nazionali

di categoria. Il presupposto è errato, non solo perché gli Ordini *non sono associazioni di professionisti* - e qui non si può confondere la loro natura giuridica con quella economico-concorrenziale, perché la natura giuridica è coesistente all'ente considerato - ma anche perché le regole deontologiche variano la loro natura caso per caso e Paese per Paese.

Sembra impossibile far intendere che le fonti di autodisciplina, sulle quali anche le direttive comunitarie più recenti insistono, hanno natura variegata, e non si possono *sic et simpliciter* uniformare in un unico modello tipizzato, quello delle regole associative (v. per tutti AA.VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, a cura di P.Zatti, Padova, 1996). Quanto poi al codice deontologico forense, è appena il caso di rammentare all'AGCM che esso è considerato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione come una raccolta di regole consuetudinarie di natura primaria, e quindi è, nella scala delle fonti, ben al di sopra delle regole associative di derivazione privatistica. E' curioso dover constatare che sul punto la Relazione (al § 14) consideri degna di menzione la peculiarità del codice deontologico notarile e ignori la peculiarità del codice deontologico forense.

Non intendo infierire sulle illazioni che la Relazione fa in ordine alle regole del codice forense che sopprimerebbero la concorrenza, o equivocherebbero sulla nozione di concorrenza, riducendola alla concorrenza sleale. In un settore professionale in cui sono iscritti agli Albi circa 160.000 avvocati, di cui operano effettivamente (tenendo conto dei dati provenienti dalla Cassa di Previdenza forense) 105.000 avvocati, e sono iscritti all' Albo dei Patrocinatori in Cassazione circa 32.000 avvocati, rispetto ai 40.000 avvocati francesi, ai 31 avvocati *à la Court*, 100.000 *solicitors* e 10.000 *barristers* ammessi alle Corti, in un Paese dunque che sia per numero di abitanti sia per PIL è inferiore alla Francia e alla Gran Bretagna, è difficile sostenere che il CNF e gli Ordini non abbiano ben presente la concorrenza che si instaura tra i professionisti, e che, se mai, si preoccupino del fatto che questa concorrenza si manifesti ed operi in modo corretto. E quanto all'accesso alla professione, la Relazione non si preoccupa di controllare le percentuali di ingresso annuale, che si aggirano intorno ai 15.000 avvocati, corrispondenti a circa il 50% degli aspiranti che si presentano all'esame di Stato.

Un altro aspetto che colpisce della Relazione è il fatto che essa pone sullo stesso piano tutti i codici deontologici professionali anche nella loro evoluzione storica : non si chiede, ad es., da che punto si sia partiti per introdurre innovazioni "liberatorie", ma apprezza che alcuni codici siano stati aggiornati secondo le indicazioni ricevute dalla medesima Autorità. E non si avvede che, ad esempio, il codice deontologico forense era già stato modificato, per alcuni aspetti, prima ancora che essa avviasse l'indagine di cui stiamo esaminando i risultati.

(ii) Tariffe

La Relazione appunta i suoi strali sulla "posizione di chiusura rispetto ad una revisione del vigente sistema tariffario" tenuta dal CNF nell'ambito degli incontri avviati dall'AGCM per effettuare l'indagine in esame.

Il CNF ha documentato, e si riserva di integrare la documentazione, le ragioni della sua opposizione alla modificazione del sistema tariffario. Lo ha documentato ed *argomentato*, sulla base della stessa giurisprudenza comunitaria che all'AGCM non dovrebbe essere sfuggita, e che ha elaborato i seguenti principi:

- (i) ogni Stato membro è libero di regolamentare l'esercizio di una professione sul proprio territorio (causa C-107/83; C.61/89; C-3/95);
- (ii) la professione forense ha una sua specificità che assume valore sociale (causa C-35199, che è il caso *Arduino*, di cui la Relazione offre una curiosa interpretazione restrittiva al § 58)
- (iii) la professione forense assolve ad una funzione sociale ed occasionalmente partecipa di pubblici poteri (v. il caso *Reyners* del 1974)
- (iv) la professione forense può legittimamente essere controllata nel suo accesso da commissioni di esame composte in maggioranza da avvocati (causa C-

200/03)

(v) la professione forense tutela un interesse pubblico e quindi può importare limitazioni alla disciplina della concorrenza (causa C-55/94).

Non è il caso, in questa sede, di argomentare ulteriormente, dal momento che, da quanto fin qui si è detto, già appare evidente la molteplicità di ragioni che postulano la legittimità, anche alla luce del diritto comunitario, delle tariffe minime sia per l'attività giudiziale sia per l'attività di consulenza.

Ma proprio in occasione dei contatti avviati con l'AGCM nello svolgimento dell'indagine, il CNF ha comunicato che la Commissione Tariffe che opera nel suo ambito aveva avviato una duplice iniziativa la revisione delle tariffe con il proposito di renderle più *trasparenti* e con il proposito di renderle più eloquenti nei *contenuti economici* delle singole voci. Il lavoro è in fase di completamento, e, appena terminato, sarà consegnato all'Autorità.

D'altra parte è lapalissiano considerare che all'inizio di una causa non si può presagire quale percorso processuale essa avrà; non si possono prefigurare le percentuali di vittoriosa conclusione, ma se mai se le ragioni poste a sostegno della domanda siano giuridicamente fondate o meno; e nel caso siano del tutto infondate l'avvocato correttamente non può neppure iniziare la causa.

E' lapalissiano osservare che il divieto del patto di quota lite vale a conservare l'indipendenza dell'avvocato che altrimenti diventerebbe "associato" agli interessi del cliente, spartendosi con lui poi vantaggi e rischi.

E' lapalissiano notare come un sistema "all'americana" (che appare tanto più suggestivo in quanto commercializzato dai seriali televisivi) sia rivolto a promuovere la *litigation society* in cui scopo dell'avvocato non è difendere i diritti ma dividersi le spoglie con il suo cliente-socio.

(iii) Pubblicità

Anche sotto questo profilo il codice deontologico forense è additato alla gogna da parte dell'AGCM (§ 23 ss.). E' interessante notare, nelle pagine didascaliche utilizzate dall'Autorità sulla funzione della pubblicità, che essa insiste sulla sua natura "informativa", di orientamento dei consumatori, senza tener conto degli oggetti dei messaggi pubblicitari: un conto è la pubblicità che riguarda un bene, altro conto il messaggio che riguarda gli investimenti, altro conto ancora la pubblicità che riguardi "servizi professionali".

E anche qui il massimalismo impera, perché la pubblicità dell'avvocato non può che essere mera attività di trasparenza riguardante i suoi titoli, la sua iscrizione all'Albo, la sua qualificazione, la sua appartenenza o meno ad uno studio associato o alla compagine societaria dell'unica società professionale oggi ammessa per gli avvocati, la STP. Null'altro è possibile, né è desiderato o desiderabile.

Non si comprende poi perché si dovrebbero rivelare i nomi dei clienti, anche se con il loro consenso. Questa esposizione dei "trofei" è del tutto decettiva, e sorprende (e rammarica) che il suggerimento provenga proprio da quella Autorità alla quale è affidato il controllo della correttezza pubblicitaria decettiva. In concreto, i clienti "vanno e vengono", i più rilevanti si avvalgono di diversi studi professionali, spesso il rapporto è circoscritto nel tempo (e quindi occorrerebbe cambiare la galleria dei trofei di giorno in giorno). Il suggerimento porta a conseguenze addirittura comiche: l'avvocato che sia incaricato da una grande impresa automobilistica di effettuare il recupero del credito di €2000 può fregiarsi del nome di quel "cliente"?

E il numero delle cause vinte o perse - che varia di giorno in giorno - perché dovrebbe essere indice di qualità dello studio legale, se la causa è complessa, se era "in salita", se è stata mal giudicata, o è se stata transatta dopo la pubblicazione della sentenza? O dobbiamo comparare la grandezza fisica degli studi, il loro apparato informatico, la loro biblioteca?

E' una mentalità "aziendalistica" quella che impone la pubblicità comparativa per le professioni, e, in particolare per le professioni legali.

(iv) *Internet*

La Relazione sostiene in più punti (ad es., al §26) che la direttiva 2000/31 CE [erroneamente indicata come direttiva 2003/31 a p. 10] sul commercio elettronico imporrebbe la soppressione dei divieti di pubblicità nei codici deontologici. E' una curiosa interpretazione, la quale, peraltro, non è stata seguita dalla disciplina di attuazione. Infatti l'art. 10 del d.lgs. 9.4.2003, n. 70 dice semplicemente il *contrario*, e cioè che nel caso in cui la comunicazione commerciale sia utilizzata da chi esercita una professione regolamentata essa "deve essere conforme alle regole di deontologia professionale e in particolare all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi".

Sembra che il testo normativo sia stato ripreso, nei suoi esatti termini, e nella citazione delle espressioni di *indipendenza, dignità, onore, segreto professionale, lealtà*, proprio dalla legge professionale forense e dal codice deontologico forense.

Se mai, il problema di Internet è un altro: dietro uno schermo opaco si nascondono coloro che non sono abilitati e offrono servizi professionali, coloro che richiamano il cliente con un'offerta di pareri a prezzi ridicoli, per poi instaurare un rapporto ben diversamente sostanzioso, per millantare qualità non possedute, per disonorare la professione. Internet è una prateria senza regole, di difficile controllo e molto volatile. Questi - e non altri - sono i problemi di Internet applicato alle professioni intellettuali.

Conclusioni

Le proposte dell' AGCM sono piuttosto deludenti: in fin dei conti, sulla sola base dei colloqui con i rappresentanti delle professioni l'Autorità ha elaborato proposte che rispondono quasi alla lettera alle conclusioni della COM (2004) 83, cioè la "rimozione delle barriere" al mercato professionale, senza peraltro considerare alcuni aspetti della problematica di enorme rilevanza:

- (i) il fatto che le professioni intellettuali (regolate o meno) non possono essere disciplinate, neppure sotto il profilo della concorrenza, alla stregua delle attività d'impresa;
- (ii) il fatto che nell'ambito delle professioni intellettuali le peculiarità di ciascuna di esse pesano, e non sono solo un richiamo di facciata;
- (iii) il fatto che la professione forense è diversa da tutte le altre professioni;
- (iv) il fatto che ciò che conta nella professione intellettuale è la qualità;
- (v) il fatto che qualità significa preparazione, tirocinio, esperienza, aggiornamento continuo.

Questi sono i punti qualificanti che l'Avvocatura persegue nelle sue proposte normative, e che il CNF ha riproposto nel corso dell'ultimo Congresso nazionale svoltosi a Milano nei giorni 10-13 novembre 2005.

Sembra perciò intempestiva la posizione dell'AGCM: l'autorità è a conoscenza degli esiti negativi della COM (2004) 83, che non possono essere superati dalla applicazione diretta dell'art. 49 del Trattato UE, e tuttavia esprime da un lato l'intenzione di assumere provvedimenti di disapplicazione della normativa vigente ritenendola in contrasto con l'art. 49 e dall'altro detta i contenuti della normativa sulle professioni, che il Parlamento e il Governo non sono riusciti a varare; l'Autorità è a conoscenza della pendenza dinanzi alla Corte di Giustizia di due procedimenti che riguardano le tariffe forensi, e ciononostante ritiene opportuno esprimersi al riguardo, quasi indicando la strada che i giudici potrebbero percorrere, smentendo il precedente del caso *Arduino*; l'Autorità è a conoscenza del fatto che al Parlamento europeo è iniziata la discussione del progetto di direttiva sui servizi, e ciononostante si avventura su proposte normative che potrebbero andare ben al di là delle stesse intenzioni del Parlamento.

Ecco, in sintesi, le riflessioni che suscita la Relazione. E tuttavia il CNF intende proseguire la collaborazione con l'AGCM perché confida, da un lato, nel riconoscimento delle peculiarità della professione forense, e dall'altro, che un effettivo lavoro comune possa portare alla definizione di principi condivisi.

I pregiudizi economicistici e Zuckerman

I nuovi orizzonti della professione forense nel diritto interno

La rilevanza costituzionale degli Ordini forensi e la sentenza della Corte cost. n. 405 del 2004

La centralità del sistema ordinistico è stata ribadita proprio pochi giorni or sono, nella sentenza della Corte costituzionale, n.405 del 2005¹³. Nell'esaminare la l. Regione Toscana del 28.9.2004, n. 50, recante disposizioni regionali in materie di libere professioni intellettuali, la Corte ha precisato che l'ordinamento e l'organizzazione degli Ordini e dei Collegi "risponde all'esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo Stato a prevedere specifici requisiti di accesso e ad istituire appositi enti pubblici ad appartenenza necessaria, cui affidare il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirano ad iscriversi". "Ciò è (...) – prosegue la Corte – finalizzato a garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività. Dalla dimensione nazionale – e non locale – dell'interesse sotteso alla sua infrazionalità deriva che ad essere implicata sia la materia 'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali' che l'art. 117 secondo comma lett. g) della Costituzione riserva alla competenza esclusiva dello Stato, piuttosto che alla materia 'professioni' di cui al terzo comma del medesimo art. 117", materia oggetto della competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni.

In fin dei conti, la Corte costituzionale ha inteso sottolineare la riserva allo Stato della disciplina organizzativa delle professioni, la rilevanza nazionale degli Ordini locali, l'intangibilità delle funzioni istituzionali degli Ordini: una linea che si colloca sia nel solco della pregressa giurisprudenza che, per quanto riguarda la professione forense, ne ha riconosciuto la copertura costituzionale, nella linea della giurisdizione esclusiva e speciale del Consiglio Nazionale Forense, nella linea dei progetti legislativi che intendono chiarire i confini tra legislazione statale e legislazione regionale in materia di professioni intellettuali.

La ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni , il d.lgs. 2 febbraio 2006.n. 30 e i principi fondamentali in materia di professioni

Proprio pochi giorni fa sulla Gazzetta Ufficiale è comparso il testo del d.lgs.2.2.2006,n. 30, recante norme sulla "ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art.1 della l. 5.6.2003,n. 131". Quest'ultima disposizione si occupa, tra l'altro, della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni e conferisce al Governo, sulla base di un procedimento di creazione normativa speciale, il potere di individuare i principi fondamentali a cui si debbono attenere le Regioni quando si avvalgano del potere legislativo nelle materie in cui il potere legislativo è concorrente con quello dello Stato (art.1 c.3); in difetto di individuazione dei principi da parte del Governo, i principi debbono essere desunti dalle leggi statuali vigenti; anche il procedimento di ricognizione è regolato, nel senso che deve rispondere ad altrettanti principi (di esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità, omogeneità, ex art. 1 c.4); il processo normativo deve assicurare l'*unità giuridica ed economica* dell'ordinamento.

Questa tecnica di fabbricazione delle leggi è molto interessante, e potrebbe dare luogo a diverse osservazioni, specie se considerata nell'ottica della creazione dei principi generali, che è materia di elezione degli studiosi della teoria generale del diritto, della filosofia analitica, dei

¹³ Corte cost., 3.11.2005,n. 405, Pres. Capotosti, Rel. Conti.

costituzionalisti e pure dei civilisti. E', per così dire, una disciplina "a cascata", che tende a limitare la "vaghezza delle norme".

Il primo livello è dato dallo stesso testo costituzionale. Ed in effetti già l'art. 117 Cost al c. 2 lett. l) assegna allo Stato la competenza esclusiva per "giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa". Quindi si potrebbe argomentare che la materia delle professioni, ed in particolare quella dell'avvocatura, non potrebbe che afferire alla competenza statale; di più, l'istruzione e la formazione professionale sono dichiarate di competenza statale dall'art.117 c. 3.

Tuttavia lo stesso comma, a seguire, include le *professioni* nell'ambito della legislazione concorrente. Peraltro nella sua ultima parte lo stesso comma dispone che nelle materie di legislazione concorrente la potestà legislativa spetta alle Regioni, salvo che "per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato". Ed è questo il secondo livello, in cui il concorso è limitato dai "principi fondamentali".

Peraltro sussiste un terzo livello, stabilito dalle disposizioni sulla ripartizione della competenza concorrente - per l'appunto la l. 5.6.2003, n. 131 - e un quarto livello, perché quest'ultima legge a sua volta delega il Governo ad effettuare la *ricognizione dei principi*. Il tutto poggia su di un postulato che è smentito dalla logica giuridica e dalla teoria generale del diritto, e cioè che sia possibile inventariare i principi generali, i quali, se si segue la teoria analitica, si desumono induttivamente dalle disposizioni di legge in vigore, ma comunque non sono mai un *numero chiuso*, né possono essere creati sulla base di procedimenti normativi precostituiti dal legislatore, perché questa è una pia illusione smentita dalla storia. Se poi si segue la teoria giusrealista, che conferisce all'interprete il potere non solo di creare principi ma anche di determinarne liberamente il contenuto, a maggior ragione tutta questa architettura mostra la sua intrinseca fragilità. Per non parlare poi della categoria del *diritto vivente*, legittimata dalla ormai consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che rivendica all'interprete non solo la necessaria libertà di adattamento della disposizione alla realtà concreta, ma di più, la elaborazione di regole di natura giurisprudenziale che fanno parte a tutti gli effetti del corpus normativo vigente in un determinato momento storico.

Ma non è qui il caso di approfondire ulteriormente questo punto. Nell'ottica della disciplina delle professioni, il d.lgs. n. 30 del 2006 individua, come dicevo, i *principi fondamentali in materia di professioni*. Siamo qui al quarto livello di normazione. Nei suoi contenuti è assai distante sia dalle prime versioni presentate in diverse occasioni istituzionali sia dalla progettata nuova disciplina dell'art. 117 Cost. in cui avrebbe dovuto scomparire la stessa legislazione concorrente, materia di aspri contrasti tra lo Stato e le Regioni, come risulta non solo dalle cronache ma soprattutto dai ruoli della Corte costituzionale, chiamata ad arbitrare un contenzioso molto oneroso, e la materia delle professioni avrebbe fatto capo esclusivamente allo Stato: come è naturale e corretto, dal momento che trattasi innanzitutto di materia afferente l'*ordinamento civile*, già ora attribuita allo Stato dall'art. 117 Cost., e di materia che deve assicurare un trattamento omogeneo in tutto il Paese delle professioni, cioè di quel tipo di attività lavorativa che comprende anche l'attività intellettuale, regolata con disposizioni riguardanti la formazione, l'accesso, il controllo con finalità di garanzia dell'interesse pubblico e degli utenti.

Nel caso della *professione forense*, attesi i caratteri costituzionalmente rilevanti che essa ricopre, ed atteso il disposto dell'art. 33 c. 5, non potrebbe che trattarsi di materia riservata esclusivamente alla potestà normativa dello Stato. E' pur vero che la dizione "professioni" di cui al c. 3 dell'art. 117 non fa distinzioni tra le professioni, ma è anche vero che il testo richiede, nella sua genericità, la definizione di confini semantici. Anche nei provvedimenti legislativi consequenziali, nei diversi livelli, non si fa distinzione tra le professioni e così pure il d.lgs. del 2.2.2006, n. 30.

Questo testo non dà neppure una definizione di "professioni", ma fa rinvio alla legislazione statale per la loro individuazione e definizione (art. 1 c. 3). Esclude inoltre dal suo ambito di applicazione: la formazione professionale universitaria, la disciplina dell'esame di Stato previsto

per le professioni intellettuali, i titoli, il tirocinio, le abilitazioni richiesti per l'esercizio professionale, l'ordinamento e l'organizzazione di Ordini e di collegi professionali, gli albi, i registri, gli elenchi o i ruoli nazionali previsti a tutela dell'affidamento del pubblico, la rilevanza civile e penale dei titoli professionali e l'equipollenza di quelli conseguiti all'estero (art. 1 c. 4). Riconosce però – e questo mi sembra un aspetto molto rilevante ai fini della regolamentazione autonoma della attività dell'avvocato – la rilevanza della *specificità* delle singole professioni. Sicché la salvezza della nostra professione è tutta incentrata sulla norma di rinvio (art. 7): siamo giunti qui al quinto livello di normazione nel quale finalmente si consolidano i caratteri della professione forense già previsti dal r.d.l. e che potrebbero essere riveduti e aggiornati sulla base di una disciplina organica, ed autonoma, che l'Avvocatura da tempo auspica.

I principi fondamentali enunciati dal d.lgs. comprendono:

(i) all'art. 2:

- la libertà professionale, che tuttavia è inquadrata nel principio di libertà di iniziativa economica piuttosto che non nell'ambito del lavoro, e ciò in contrasto con l'art. 15 della Carta di Nizza, che distingue la libertà professionale, considerata all'art. 15 dalla libertà d'impresa, considerata all'art. 16; al lavoro tuttavia si fa riferimento al c.2 della medesima disposizione (ove si parla di "occupazione e condizioni di lavoro", al c.3 (a proposito del lavoro dipendente), all'art.3 (a proposito del lavoro autonomo);

- il principio di non discriminazione (per ragioni sessuali, razziali, religiose, politiche o da ogni condizione personale o sociale), dimenticandosi - a meno che non rientrino nelle condizioni personali – le altre forme di discriminazione a cui si riferisce l'art. 21 della Carta di Nizza, quali il colore della pelle, l'origine etnica, le caratteristiche genetiche, la lingua, le convinzioni personali, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali;

- il principio di autonomia, da osservarsi anche nel caso di lavoro professionale dipendente;

- il principio distintivo tra attività regolamentate o tipiche e altre attività, a proposito delle associazioni rappresentative di professionisti, che comunque differiscono dagli Ordini, albi o collegi;

(ii) all'art.3:

- il principio di tutela della concorrenza e del mercato (art.3 c.1); questa dizione – che ricalca il titolo della l. 10.10. 1990, n. 287, sembrerebbe legittimare la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, competenza che ben poteva essere contestata in materia di professioni e di salda con il c.2 della medesima disposizione che equipara l'attività professionale esercitata in forma di lavoro autonomo all'*attività d'impresa* ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato CE; per fortuna (anche dell'Avvocatura) il principio è limitato dall'inciso "salvo quanto previsto dalla normativa in materia di professioni intellettuali", che lascerebbe bene sperare, in quanto, come si è in tante sedi ribadito, questa equiparazione, pur seguita da alcune istituzioni comunitarie ma non dal Parlamento europeo, appare del tutto incongrua e incompatibile con la Carta di Nizza e con la natura stessa delle professioni intellettuali;

- il principio di tutela della concorrenza del mercato è temperato "dalle deroghe consentite dal diritto comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale" e dalla "riserva di attività professionale, delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale"; quest'ultima limitazione, che in fin dei conti costituisce una *relatio* al diritto comunitario, ma anche una *relatio* agli interessi pubblici costituzionalmente garantiti (tra i quali si annovera il diritto di difesa) e a ragioni imperative di interesse generale, conferma la posizione dell'Avvocatura, la quale, come ben si sa, ritiene che siano da salvaguardare, come baluardi della indipendenza, dell'autonomia, della dignità e qualità della professione forense per l'appunto il sistema tariffario e il divieto di pubblicità diversa da quella meramente informativa. L'Avvocatura, per ragioni di interesse pubblico e per la connessione con la disciplina prevista in materia di attività di riciclaggio di denaro avente provenienza illecita, aveva anche sollecitato la riserva delle attività di *consulenza legale*, peraltro non ritenuta in

contrasto con il diritto comunitario, come dimostra l'adozione di normative ad hoc in diversi Paesi dell' unione europea;

(iii) all'art.4 si enunciano le regole di accesso alle professioni;

(iv) all'art.5 si enunciano i canoni dell'esercizio dell'attività professionale, che corrispondono *grosso modo*, a quelli già previsti con enunciazioni late dalla legge forense (buona fede, affidamento del pubblico e della clientela, correttezza, tutela degli interessi pubblici, ampliamento e specializzazione dell'offerta di servizi, autonomia e responsabilità del professionista), ma che potrebbero essere ripresi nella disciplina di aggiornamento della nostra categoria, più volte invocata.

Al di là delle puntualizzazioni sopra sinteticamente offerte, i confini tra i ruoli dello Stato e delle Regioni in materia di professioni sono più netti. Rimane comunque uno spazio alla legislazione regionale, lo spazio che riguarda attività *additive*, correlate con il finanziamento di iniziative di informazione, sostegno, e così via, ma *non modificative né integrative* dei principi enunciati.

In altre parole, non si deve dimenticare che la materia delle professioni, là dove impinge nell'*ordinamento civile* non può essere intaccata dalla legislazione regionale, neppure sotto forma di regole che "indirettamente di riferiscono al diritto privato", perché questa distinzione, di labili confini, aprirebbe una pericolosa breccia nella legislazione *esclusiva dello Stato*, darebbe adito ad una varietà di situazioni di carattere locale che potrebbero risolversi in altrettante discriminazioni di natura territoriale, e comunque ad un ulteriore contenzioso tra Stato e Regioni.

Per tutte queste ragioni, e pure per evitare contrasti interpretativi del d.lgs. in esame, l'Avvocatura auspica l'approvazione della modifica all'art. 117 Cost., prospettata in alcune proposte di legge costituzionale, in cui sia soppressa comunque la potestà legislativa delle Regioni in materia di professioni intellettuali, o, quanto meno di professione forense.

L'antiriciclaggio

Tre sono le novità in materia di antiriciclaggio.

Il CNF ha seguito la discussione ed ha partecipato al gruppo di lavoro concernenti l'attuazione della seconda direttiva, n. 2001/97/CE, il d.lgs. 20.2.2004,n. 56, e il relativo regolamento di attuazione. La posizione dell'Avvocatura, consolo italiana, ma europea, anche tramite le iniziative del CCBE, è stata ferma: si è ovviamente manifestata la disponibilità a collaborare attivamente per raggiungere gli scopi della direttiva, ma si è anche sottolineato che questa disciplina costituisce un nuovo oneroso compito per i professionisti, di natura parapubblicistica. Essa impegna il professionista in una attività di identificazione del cliente, diretta e indiretta, di qualificazione dell'operazione economica trattata, di istituzione del registro per la raccolta e la conservazione dei dati, di valutazione dei profili di rischio e di individuazione delle operazioni sospette. Il CNF ha espresso un motivato parere in cui ha sostanzialmente apprezzato i risultati del lavoro effettuato dall'Ufficio Italiano Cambi, anche se ha dovuto ritornare sulle proprie determinazioni, dal momento che la disciplina appariva (e tuttora appare) in contrasto con il principio di fedeltà e di fiducia instaurato con il cliente il divieto di comunicargli l'effettuata segnalazione, che deve rimanere segreta.

A questo riguardo è parsa davvero coraggiosa la Cour d'arbitrage belga che ha sollevato, con la pronuncia resa il 13.7.2005, dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee la questione pregiudiziale concernente il contrasto degli artt. 1 c.2 e 2 bis c.5 della direttiva cit. con l'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e con 6 c.2 del Trattato di Roma in quanto essi impongono ai professionisti che esercitano attività legali, in particolare agli avvocati, di effettuare la segnalazione (in pratica, la delazione) del cliente all'autorità di vigilanza. Poiché il problema ha natura vitale per l'Avvocatura, lo stesso CCBE, mediante più audizioni, lo aveva rappresentato al Parlamento europeo, senza ottenere però una risposta definitiva. Per questi motivi, avremmo preferito che il Governo italiano – che si era detto

non disposto ad intervenire nel procedimento dinanzi alla Corte per sostenere la posizione della Corte belga – decidesse di non intervenire comunque, mentre ci consta che l'intervento sia stato fatto, non *ad adiuvandum* la tesi dell'Avvocatura, ma, al contrario, per contrastarla.

Nel frattempo è intervenuta la terza direttiva (del 26.10.2005,n. 2005/60/CE) la quale, tra l'altro:

- ha elevato a 15.000 euro l'ammontare delle operazioni economiche occasionali – denominate *transazioni*, per un persistente errore di traduzione – per le quali insorgono gli obblighi che incombono sui professionisti (art. 7);

- ha soppresso tale soglia quando vi sia sospetto di riciclaggio;

- ha conservato gli obblighi di identificazione e gli obblighi di controllo dell'operazione (art.8);

- ha consentito agli Stati Membri di derogare all'obbligo di identificazione anteriore alla instaurazione del rapporto se sia necessario non interrompere la normale conduzione degli affari e quindi di ammettere che le procedure obbligatorie siano avviate anche dopo il primo contatto;

- ha semplificato gli obblighi di identificazione (art. 11) ma li ha rafforzati quando le operazioni presentino un rischio più elevato di riciclaggio (art. 13);

- ha consentito di effettuare l'assolvimento degli obblighi mediante terzi;

- ha (saggiamente) imposto che i soggetti obbligati siano assoggettati alla registrazione professionale obbligatoria riconosciuta dalla legge (art. 16);

- ha (saggiamente) esonerato dagli obblighi di segnalazione gli avvocati e gli altri professionisti considerati “con riferimento alle informazioni che essi ricevono da, od ottengono su, un loro cliente, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente [si tratta della consulenza stragiudiziale] o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, 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 (art. 23 c.1 e 2);

- ha confermato il divieto di comunicazione della segnalazione al cliente, salva la possibilità di comunicazione all'organismo professionale di autoregolamentazione (art.28 cc. 1 e 2).

Ci si chiede allora se, proprio in funzione della necessaria “registrazione presso un albo professionale” dei soggetti obbligati , previsto dalla nuova direttiva, non sia opportuno seguire il modello introdotto dal legislatore portoghese che, in attuazione della seconda direttiva, ha previsto la riserva di consulenza legale ai professionisti abilitati. La riserva non si porrebbe in contrasto con la disciplina della concorrenza e della libertà di prestazione di servizi in quanto fondata sull'evidente interesse pubblico sotteso alla lotta al riciclaggio e al terrorismo.

La tutela dei consumatori

Il rapporto dell'Avvocatura con le associazioni dei consumatori e i rapporti tra avvocato e “consumatore” costituiscono un terreno che deve essere esplorato con attenzione e senza atteggiamenti pregiudiziali. In questa relazione, nel codice deontologico, nel linguaggio in uso, il soggetto (privato o pubblico, individuale o collettivo) che si avvale dell'avvocato di volta in volta assumere la denominazione di “assistito”, “cliente”, o, a seconda della sua posizione processuale, attore, convenuto, terzo , indiziato, incolpato, parte offesa, e così via. L'espressione *consumatore* – come risulta dall'amplessissima letteratura che si è sviluppata nel corso degli ultimi quarant'anni – era riferita primieramente al consumatore (comprensivo del destinatario finale e dell'utente) di beni di consumo, e successivamente di servizi erogati da privati; di poi si è estesa a comprendere gli utenti di pubblici servizi; ed ora si parla anche dei consumatori “del servizio giustizia”. Quando la si accosta alla fruizione di prestazioni professionali, in particolare di prestazioni legali, si fa riferimento al cliente e nel caso dell'avvocato, all'assistito. Ciò in quanto l'avvocato difende diritti e interessi, accerta l'esistenza di diritti e costruisce la loro difesa in giudizio, si occupa della

sistemazione dei rapporti patrimoniali e dei rapporti familiari dei singoli, si occupa dello status dei singoli all'interno dei gruppi. Poiché il linguaggio è comunque una spia dei rapporti sociali e delle epifanie delle società, il fatto che oggi in qualche contesto e in qualche ambiente si preferisca parlare, anziché di cliente o di assistito, di consumatore di servizi legali è assai significativo. Con questa tecnica linguistica si tende ad accreditare l'idea che anche la prestazione professionale, a contenuto intellettuale, sia equiparabile ad un "servizio", e che l'utente del servizio, quando rivesta lo status di consumatore, sia una persona fisica che opera al di fuori della sua attività imprenditoriale o professionale. Questa connotazione linguistica crea tuttavia ambiguità: non solo perché l'assistito dall'avvocato non è solo la persona fisica, ma anche la persona giuridica o qualsiasi altro ente privo di personalità, oppure l'ente pubblico, ma anche perché l'avvocato, come più volte si è posto in luce, non può essere assimilato ad un imprenditore.

Ora, anche considerando il consumatore nell'accezione di derivazione comunitaria, cioè il soggetto che si trova in una situazione di asimmetria informativa e di più debole potere contrattuale, appare evidente che il regime della professione forense è, così come si è venuto costruendo, un regime proteso a difendere l'interesse del consumatore (il "cliente"), insieme con l'interesse pubblico. Non mi riferisco soltanto alle disposizioni del codice civile e della legislazione speciale in materia di attività forense, ma considero anche la normativa deontologica. Tutte le disposizioni ivi previste (dal rapporto di fiducia all'indipendenza, dai rimedi al conflitto d'interessi all'adempimento del mandato, dall'obbligo di informazione alle modalità di determinazione del corrispettivo, dal divieto del patto di quota lite alla rinuncia del mandato) già di per sé pongono il cliente in una situazione di garanzia, avvalorata dal suo diritto di chiedere al Consiglio dell'Ordine competente sia il controllo della tariffa applicata dall'avvocato, sia il controllo della conformità del comportamento dell'avvocato alle regole deontologiche, sollecitando quindi l'attività sanzionatoria che presidia la correttezza dell'esercizio della professione, effettuata da un ente pubblico che assolve ad una funzione di natura sociale. Di più, il regime tariffario, nella sua esplicita formulazione, consente al cliente (consumatore) di conoscere già al momento dell'assegnazione dell'incarico i criteri per determinare l'ammontare dell'onorario, che potrà essere costruito lungo il percorso dell'attività effettivamente prestata sempre secondo i canoni approvati dal decreto del Ministro Guardasigilli. Le esigenze che, a questo proposito, sono state prospettate dalla Commissione europea, nella proposta di direttiva generale sui servizi, appaiono dunque – almeno sotto questo aspetto – pienamente soddisfatte.

A maggior ragione, il nostro sistema, rodato da tempo immemorabile, appare particolarmente apprezzabile, se raffrontato con altri sistemi, nei quali solo ora si progetta di attribuire al cliente, nello specifico settore dei servizi legali, i vantaggi che il diritto comunitario assegna ai consumatori di beni e servizi diversi da quelli legali. Mi riferisco, ancora una volta, alla riforma dell'attività professionale forense in corso nel Regno Unito, ove il Department for Constitutional Affairs ha presentato al Parlamento un progetto in cui l'organizzazione della professione si incentra soprattutto sulla raccolta dei *complaints* dei clienti e dei relativi rimedi. Ebbene, se si pensa che questo sistema, diffuso in ambito distrettuale e circondariale, è proprio il motore delle iniziative promosse dai COA per attivare i procedimenti sanzionatori a carico degli avvocati che hanno tralignato.

Quanto al sistema tariffario, oltre ai benefici che esso comporta, dalla pariteticità di trattamento alla trasparenza del rapporto, dal divieto di conflitto d'interessi, al metro della diligenza professionale (che è superiore alla diligenza del *bonus pater familias*) val la pena di sottolineare ancora una volta i rilievi sopra svolti che anche dal punto di vista economico, e non solo giuridico, che dimostrano come esso appaia di gran lunga superiore al sistema di liberalizzazione totale.

Poiché ragionando con le categorie economiche non si deve cedere alla dogmatica, ma muovere dalla realtà, dai dati della vita concreta, e dalla esperienza dei rapporti, il confronto tra il modello che prevede tariffe e il modello in cui la negoziazione del compenso è libera conferma che il primo, anche dal punto di vista economico, è superiore al secondo. Lo si inferisce proprio dal funzionamento del sistema additato da qualche economista, ed ora richiamato in qualche programma di partiti politici, come il modello preferibile perché "libero da barriere tariffarie".

Si è già osservato, sopra, come gli stessi studiosi del processo civile e dell'amministrazione della giustizia nel Regno Unito smentiscano proprio questo assunto. Come ha avuto modo di precisare proprio alcuni giorni fa il prof. Adrian Zuckerman, dell' University College di Oxford, "il confronto tra il sistema inglese quello tedesco - che è simile a quello italiano - dimostra l'inferiorità del sistema inglese. Esso crea pericolosi ostacoli all'amministrazione della giustizia. E' opaco e anticoncorrenziale. Non si registra affatto un miglior funzionamento perché gli avvocati possono chiedere al cliente le somme che vogliono, neppure quando usano il sistema di retribuzione oraria, perché il cliente non può controllare la congruità del numero di ore conteggiabili. I controlli esterni sugli eventuali abusi sono poco efficienti. Il cittadino non può iniziare una causa senza aver prima depositato un congruo acconto o aver aperto un conto a favore dell'avvocato; questo significa per molti «risking the roof over their head».

Il modello inglese infatti presenta costi enormemente più alti di funzionamento della giustizia e di retribuzione dell'attività professionale dei *solicitors* e dei *barristers*. La riprova è data da una ricerca che ho avuto modo di condurre insieme con docenti inglesi e tedeschi nel settore dei danni da circolazione di veicoli, uno dei settori nei quali è più alto il contenzioso e più sensibile il pubblico agli effetti delle decisioni dei giudici e quindi del funzionamento della giustizia.

Nonostante ciò, si è voluto introdurre in Italia il sistema dell' indennizzo diretto, approfittando della riformulazione delle regole del settore assicurativo, recate dal c.d. "codice delle assicurazioni". Pensare che con la liquidazione effettuata direttamente dalla società di assicurazione della vittima possa comportare un minor dispendio di tempi e di costi è puramente illusorio, dal momento che ogni cittadino ha interesse a che l'entità del danno che ha subito sia valutata non approssimativamente, ma in tutte le sue sfaccettature, specie quando si tratti di diritto alla salute, costituzionalmente garantito.

L' Avvocatura e i problemi del Paese

La crisi della giustizia e i suoi rimedi

Occorre innanzitutto esprimere soddisfazione per tutte le proposte che, di recente, ponendosi questo interrogativo, hanno incluso il ruolo dell'Avvocatura nei programmi di riforma della amministrazione della giustizia. Non soltanto per le regole dell'ordinamento giudiziario che riconoscono al CNF il ruolo di rappresentante dell'Avvocatura e per questo gli hanno garantito il diritto non solo di assistere ma anche di interloquire nel corso della cerimonia di apertura dell' anno giudiziario presso la Corte di Cassazione, e non solo per quelle disposizioni che includono il presidente del CNF e un componente del CNF nel Consiglio che amministra il funzionamento della Corte di Cassazione, ma anche per quelle proposte che esaltano la funzione dell' Avvocatura nella soluzione della crisi del sistema. Si tratta, ovviamente, non della funzione suppletiva e complementare che assolvono i giudici di pace o i GOA e i GOT, ma piuttosto della presenza degli avvocati nell'ambito degli organismi che vigilano sulla funzione giudiziaria (il CSM, ad es.), della presenza degli avvocati nella compagine della Corte costituzionale, della assunzione da parte di avvocati di funzioni giudiziarie alla Corte di Cassazione, della presenza di avvocati nelle Scuole di specializzazione destinate alla formazione dei giudici (oltre che degli stessi avvocati e dei notai)

Al di là del ruolo del difensore nel processo civile, penale, amministrativo, tributario e costituzionale, si deve considerare che l'Avvocatura presta le sue funzioni in forma suppletiva, vicaria, con i giudici onorari, con i giudici di pace (tra i quali molti sono avvocati), e, soprattutto, con la coltivazione delle ADR.

Spetta alle ADR un compito oggi divenuto essenziale. Promosse come tecnica di amministrazione alternativa della giustizia per allargare l'accesso ai diritti e alla loro tutela da parte dei consumatori - in sede comunitaria già dal 1976 - oggi le ADR hanno acquisito una funzione ben

più rilevante e onerosa: quella di contribuire alla riduzione dei carichi pendenti presso i giudici togati e alla riduzione dei nuovi procedimenti ordinari.

In questo senso, si possono distinguere due ruoli:

- il ruolo degli Ordini, i quali possono istituire camere arbitrali, di conciliazione e di mediazione, alle quali far affluire le controversie che si debbono risolvere in loco;
- il ruolo degli avvocati i quali, da un lato, si trovano ad essere chiamati a svolgere funzioni dirimenti (di arbitro, di mediatore e di conciliatore), dall'altro, con distinti elenchi o con le precauzioni e prevenzioni richieste per evitare i conflitti d'interesse, continuano a svolgere presso gli organi di Adr la loro funzione difensiva.

Gli organismi di Adr, i loro regolamenti, i settori in cui si praticano sono stati oggetti di un'ampia ricerca curata dal CNF, i cui esiti sono stati incoraggianti (se si pensa al fatto che questa cultura di giustizia alternativa non aveva attecchito nel nostro paese)¹⁴.

Occorre ora insistere perché tutti gli Ordini si dotino di questi strumenti ormai divenuti inevitabili al fine di temperare gli effetti negativi della crisi della giustizia, alla quale, se non si può porre rimedio, si possono comunque applicare argini di contenimento.

Occorre poi promuovere l'attuazione del processo telematico: questa tecnica si confà, molto di più di qualsiasi altra, alla accelerazione dei procedimenti, alla chiarezza e trasparenza dei singoli atti, alla riduzione dei tempi e alla rapidità di conclusione delle procedure.

Il CNF segue fattivamente gli esperimenti in corso in sette sedi, portando un contributo tecnico oltre che di promozione culturale.

Quando si parla di crisi della giustizia si affronta un terna che sembra indissolubilmente collegato con la storia del nostro paese, come documentano le relazioni politiche e istituzionali dei primi del Novecento, del primo dopoguerra e del secondo dopoguerra. E purtroppo un male diffuso in tutta l'Unione europea, che non si può risolvere con interventi di settore, quale quello riguardante l'ordinamento giudiziario, o la riformulazione dei confini delle circoscrizioni giudiziarie, o, peggio, la riforma del processo civile «a pezzi e bocconi». Occorre invece dare supporto al giudice togato attraverso l'istituzione del *clerk*, attraverso la informatizzazione degli uffici, attraverso la organizzazione di corsi di aggiornamento e di qualificazione, e attraverso, come anticipavo, il decantamento del carico giudiziario con l'attivazione di vie alternative alla soluzione delle controversie.

Il mercato e i diritti fondamentali

Guido Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, pp. 11-118, €13,50

Tempo fa, a proposito della problematica delle regole del mercato – se la mano invisibile sia sufficiente a orientare le scelte e l'organizzazione del mercato, se sia necessario un intervento riequilibratore da parte del legislatore, se siano preferibili meccanismi di “regolazione” soft o sia più opportuno un intervento rivolto alla “regolamentazione” – avevo avuto l'impressione che il dibattito fosse circoscritto ai giuristi, essendo gli economisti di ogni indirizzo tetragoni all'idea stessa di affidare il mercato a regole giuridiche, considerate come un inutile, anzi dannoso orpello: per dirla con le parole della Commissione europea, vere e proprie *barriere* alla libera iniziativa economica. E, in una garbata polemica con alcuni economisti che avevano preso la parola in quel frangente, avevo accennato alle difficoltà incontrate dai giuristi nell'instaurare un dialogo con loro (ciò a proposito della edizione italiana del libro di Coase, *Impresa, mercato e diritto*, in *Ec.dir.terziario*, 1996, n. 2). La disponibilità al dialogo, anzi, la necessaria interrelazione di categorie economiche e categorie giuridiche, che è al fondamento dell'analisi economica del

¹⁴ CNF, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, a cura di Alpa e Danovi, Milano, 2004.

diritto, era stata teorizzata e documentata agli inizi degli anni Sessanta da Pietro Trimarchi, presso di noi, e da Guido Calabresi, negli Stati Uniti. Ma già negli anni Cinquanta se ne erano occupati Tullio Ascarelli e i giusprivatisti o i giuspubblicisti più sensibili ai temi dell'economia. E per venire ai tempi nostri, si pensi ai saggi di Giuliano Amato, Francesco Galgano, Natalino Irti, Berardino Libonati, Guido Rossi – per citare solo alcuni tra i più noti e prestigiosi studiosi del tema – i giuristi non hanno mai abbandonato il dialogo, che però ha rischiato di rimanere chiuso entro le mura del pensiero giuridico. Disponibilità al dialogo significa anche ammissione della componente strutturale delle regole giuridiche per far funzionare in modo efficiente il mercato. Già nei suoi precedenti interventi Guido Rossi lo aveva predicato, segnalando che un mercato privo di regole adeguate o afflitto da regole oscure finisce per essere inefficiente, legittimando, tra l'altro, quel fenomeno pernicioso costituito dal “conflitto epidemico” (di interessi).

Ora, nel suo ultimo contributo (*Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, pp. 11-118) egli sviluppa il tema in un quadro più ampio di riferimenti, con il consueto taglio brillante e molte citazioni colte. Prende atto della opportunità di ridurre la valanga di leggi che intasa l'iniziativa economica (i “nomodotti” di cui parla Irti nel saggio sul *Nichilismo giuridico*) ma si chiede se la risposta sia quella di affidare all'etica e ai codici deontologici la regolazione del mercato. In un mercato globalizzato in cui non è pensabile la introduzione di regole universali, ciò che rimane sono la pluralità degli ordinamenti (come aveva divinato Santi Romano), le regole di autodisciplina, le regole negoziate (cioè il contratto in sostituzione della legge), i principi generali. Ma, correggendo Dworkin, Rossi avverte che non basta la elaborazione di principi, perché occorre tener conto della loro interpretazione, delle procedure con cui si applicano, degli atteggiamenti mentali con cui si interpretano, cioè del contesto in cui essi operano e dell'orientamento che i giudici intendono assumere (come dimostra l'esito del caso *Arthur Andersen v. United States* del 31.5.2005). Vi è poi la problematica dei diritti umani, che debbono comunque essere salvaguardati in un mondo globalizzato ed esposto agli assalti del terrorismo. Non si può scendere sotto il livello di guardia delle libertà minimali (come è accaduto a Guantanamo), né pensare ad una costituzione di emergenza, come si è proposto da qualche costituzionalista nord-americano. Traendo spunto anche da brani dei classici, la sua conclusione, certamente condivisibile e da meditare, è che “se i fattori esterni al diritto giungono al punto di stravolgere i principi processuali, il diritto salta, o meglio, vola per aria, sancendo la vittoria del più forte”. La citazione di Rathenau (imprenditore, politico moderato ed esponente dell'intelligenza ebraica fautrice dell'assimilazione, ministro degli Esteri sotto la repubblica di Weimar) a p. 19 è pertinente, proprio perché mostra, nella ricostruzione degli sviluppi delle diverse fasi del capitalismo moderno, come il pensiero di Rathenau, le cui opere ebbero ed hanno ancora grande rilievo in questa discussione, fosse premonitore di una teoria dell'impresa che tenga conto non solo della divisione dei profitti, ma anche dell'interesse sociale. Rathenau non era un giurista, né mi sembra che questa sia la qualifica attribuitagli da Rossi, ma un pensatore poliedrico che pagò con la vita le sue idee. A testimoniare che le teorie, quando si calano nella vita pratica, perdono la loro astratta natura e possono diventare pericolose persino per i loro autori. Dall'assassinio di Rathenau comincia il declino della Germania liberale e l'ascesa irresistibile del nazismo (*Guido Alpa*).

I principi di libertà e il ruolo della Avvocatura la nostra risposta

- le pari opportunità**
- codice deontologico**
- congresso di aggiornamento e qualificazione**

Tutto ciò nello *spirito di servizio*: servire l'Avvocatura e il Paese.