

LUCA PAOLINI *Organizzazione della professione legale, tariffe e mercato: spunti giurisprudenziali*

ABSTRACT

L'articolo trae spunto da una recente sentenza del T.A.R. Lazio che, anche sulla base di precedenti pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, e attraverso l'analisi della natura dell'attività svolta dal professionista intellettuale, assimila quest'ultimo all'imprenditore. A tale risultato si perviene attraverso il riconoscimento della natura di impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica, consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle modalità di finanziamento. Il tema è trattato tenendo conto di uno scenario – quello delle professioni intellettuali in generale e della professione forense in particolare – in frenetico movimento e intorno al quale fervono gli interventi, non solo giurisprudenziali, ma anche (e soprattutto) normativi, e coinvolge aspetti delicati quali la determinazione delle modalità di compenso del professionista, il modello di professionalità da perseguire in un contesto sociale sempre più legato a principi di libero mercato e “standard europei”, la natura della prestazione, la struttura della professione e, di conseguenza, il dibattito sul carattere imprenditoriale (o non) di chi svolge attività professionale in genere. L'articolo si conclude con un breve raffronto con il modello statunitense, alla luce del diverso ruolo che storicamente l'avvocato ha svolto in quel tipo di società¹.

¹ Il presente lavoro costituisce il primo di una serie di interventi collegati e intesi a strutturare uno studio monografico in materia di professione legale e modalità di compenso delle prestazioni professionali dell'avvocato, nell'ambito di un corso di Dottorato di ricerca in Teoria generale del processo e comparazione processuale.

LUCA PAOLINI

*ORGANIZZAZIONE DELLA PROFESSIONE LEGALE,
TARIFFE E MERCATO: SPUNTI GIURISPRUDENZIALI*

T.A.R. Lazio, Sezione I, Sentenza 12-28 gennaio 2000 n. 466. Ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, la cui disciplina è di derivazione comunitaria, gli esercenti le professioni intellettuali sono considerati imprese, consistendo la loro attività nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo; ai medesimi fini, gli ordini professionali sono considerati associazioni di imprese, sussistendo il profilo strutturale di ente associativo, nonché quello funzionale rappresentato dalla capacità di influenzare il mercato di riferimento.

SOMMARIO

1. La questione. 2. Rapidi cenni storici e linee evolutive in materia di professione forense. 3. Progetti di riforma, recenti interventi giurisprudenziali e disciplina comunitaria in materia di concorrenza. 4. Conclusioni e cenni di raffronto con l'esperienza statunitense.

1. La questione

Il problema della modernizzazione del ruolo delle professioni intellettuali e la necessità di adeguamento delle regole che le disciplinano alle *esigenze dell'utenza* costituiscono forse uno dei temi più attuali nello scenario legislativo italiano. Le professioni intellettuali in genere, e quella forense in particolare, si trovano al centro di un acceso dibattito, in cui vengono di volta in volta prospettate soluzioni che, pur se indirizzate a far fronte a una forte domanda di qualità ed efficienza, rischiano di snaturarne l'identità e le funzioni¹. Proprio il tema relativo alla compatibilità delle tariffe professionali degli avvocati con la tutela della concorrenza ha assunto, nel corso degli ultimi mesi, toni particolarmente accesi.

Le considerazioni che verranno svolte traggono spunto da una re-

¹ Tra queste soluzioni, è opportuno ricordare brevemente la previsione dell'esercizio della professione legale sotto forma di società di capitali con soci non professionisti, l'abolizione del divieto di pubblicità, l'abolizione dell'albo professionale e la totale liberalizzazione delle tariffe.

cente sentenza con cui il T.A.R. del Lazio ha stabilito che il professionista intellettuale è al contempo un imprenditore e, di conseguenza, il rispettivo Ordine (o Collegio) professionale costituisce una associazione di imprese².

In effetti, l'inizio del dibattito in tema di professione e di concorrenza è piuttosto risalente: merita di essere ricordata la recente sentenza della V^a Sezione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Repubblica italiana³, che costituisce uno dei primi segnali di qualcosa che sta cambiando. Il giudice comunitario, infatti, richiamandosi a principi e categorie profondamente radicati nella cultura dei paesi di *common law*, e sulla scorta della normativa comunitaria in vigore, ha riconosciuto natura di

² La sentenza è riportata per intero su *Guida al diritto*, n. 6/2000, p. 85 ss., con commento di RICCIO, *L'Antitrust non può censurare le tariffe: sulla legittimità la parola spetta al Giudice*.

Il relativo giudizio era stato instaurato attraverso ricorso proposto dal C.N.D.C. (Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti) e dal C.N.P.R.C. (Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti commerciali) contro la deliberazione del 26 novembre 1998, con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato stabiliva che: a) l'elaborazione e la definizione, da parte del C.N.D.C., di un tariffario relativo alle prestazioni professionali degli iscritti all'albo costituisce infrazione all'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990; b) l'elaborazione e la definizione, da parte del C.N.R.P.C., di un tariffario relativo alle prestazioni professionali degli iscritti all'albo costituisce infrazione all'art. 2, comma 2, lett. A) della legge n. 287/1990; c) la raccomandazione del C.N.R.P.C. di applicare le tariffe dallo stesso deliberate nelle more dell'approvazione ministeriale costituisce infrazione alla medesima norma; d) il coordinamento concorrenziale attuato dai due Consigli Nazionali volto all'uniformazione delle tariffe costituisce, anch'esso, infrazione alla citata disposizione di legge.

Dall'altra parte, le censure avanzate dai ricorrenti riguardavano, in primo luogo, la considerazione che gli stessi Consigli Nazionali non debbono ritenersi assoggettati alla normativa che vieta le intese restrittive della concorrenza. Ciò in ragione del fatto che i singoli professionisti non possono essere qualificati come imprese, né gli organi rappresentativi degli stessi possono essere considerati associazioni di imprese; inoltre, dovrebbe comunque ritenersi operante l'esenzione di cui all'art. 8, comma 2, L. 287/1990, in funzione della finalità di interesse generale attribuita ai ricorrenti dall'ordinamento. Tra le altre censure, poi, veniva evidenziato che la partecipazione consultiva degli Ordini ricorrenti alla formazione delle proprie tariffe professionali è prevista ed imposta ex lege (art. 47 D.P.R. n. 1067/1953 e art. 47 D.P.R. n. 1068/1953) e che, essendo dette tariffe approvate con decreto del Capo dello Stato, l'atto di approvazione delle stesse non potrebbe in alcun modo essere imputato ai due Consigli nazionali.

³ In proposito, *Guida al diritto*, n. 26/1998, p. 15 ss. Si vedano, per un approfondimento, i Paragrafi successivi.

impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica – consistente nell’offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi – a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento.

A rendere più complessa la questione, si assiste in questo periodo – accanto ad un’intensa attività normativa in materia di regolamentazione delle libere professioni e, in particolare, della professione forense – ad ulteriori pronunzie di un certo rilievo nell’economia della questione. È, appunto, il caso della sentenza in commento, con cui il Giudice amministrativo accoglie la tesi *comunitaria*, secondo cui: 1) la nozione di impresa (ai fini concorrenziali) comprende qualsiasi entità che eserciti un’attività economica sul mercato, a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento; 2) gli organi di rappresentanza degli Ordini professionali, nel partecipare al procedimento amministrativo di determinazione delle tariffe professionali (attività diretta alla tutela degli interessi dei propri assistiti), possono realizzare intese lesive della concorrenza.

La posta in gioco, come si vede, è alta: si va al di là della semplice determinazione delle modalità di compenso del professionista (e, in particolare, del legale). Sono in gioco questioni di ben altra portata, quali il modello di professionalità da perseguire in un contesto sociale sempre più complesso e sempre più legato a “*standard europei*”, la natura della prestazione, la struttura della professione e, di conseguenza, il dibattito sul carattere imprenditoriale (o non) di chi svolge attività professionale in genere; di qui, la questione dell’autonomia e del ruolo dei rispettivi Ordini (o Collegi) in materia di formazione e aggiornamento del professionista, nonché di tutela del cittadino-utente⁴. Ecco, allora, che il problema si presta inevitabilmente a considerazioni di un certo rilievo. Pertanto, ci si limiterà, in questa sede, ad un semplice abbozzo della questione inerente le tariffe forensi, rinviando a prossimi interventi l’inevitabile approfondimento.

⁴ La questione in esame, dunque, investe il ruolo, attuale e futuro, dell’avvocato, ponendo l’interlocutore di fronte ad un’ipotesi che è stata definita “*di mutazione genetica*” (COTTINO, *Introduzione*, in *L’avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d’impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago/Set. 1999, p. 1762).

2. Cenni storici e linee evolutive in materia di professione forense

La legge professionale forense risale al 1933⁵, ma già all'indomani dell'unità d'Italia si assiste ad un processo di unificazione del professionalismo giuridico italiano, attraverso la perdita di significato di ordinamenti giuridici e strutture di respiro regionale radicate nel corso dei secoli. Estremamente significativa è, poi, la circostanza che tutta la produzione normativa ispirata dal nuovo corso storico – e, specificamente, in materia di professione legale, la Legge 8 giugno 1874 n. 1938⁶ – appare già sostanzialmente coerente con l'ordinamento successivamente delineatosi con la citata Legge n. 36/1934.

In particolare, la legge professionale del 1874, con l'introduzione (o, meglio, con il *recupero*) di un istituto di tradizione millenaria quale l'Ordine professionale, inteso in senso moderno quale ente esponenziale di una corporazione ma anche quale organo di rilevanza pubblicistica, pone per la prima volta la questione del significato del termine "libera professione"⁷. Tale questione può sinteticamente ricondursi alla duplice ambivalenza tra il diritto esclusivo all'esercizio professionale, da un lato, e il dovere di rendere disponibile a tutti la prestazione legale, dall'altro; nonché tra elementi che caratterizzano la professione forense in senso specificamente pubblicistico ed elementi privatistici inerenti la struttura e la funzione dell'attività svolta⁸.

Rinviando ad altra sede ogni approfondimento in materia, occorre comunque soffermarsi brevemente sulla legge del 1874 per rilevare,

⁵ Più precisamente, ci si riferisce al R.D.L. 27 novembre 1933, convertito in Legge 22 gennaio 1934 n. 36 (e al relativo Regolamento di attuazione emanato con R.D. 22 gennaio 1934 n. 37). In proposito, CIPRIANI, *La professione di avvocato*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto e giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, pp. 881 e ss.

⁶ Il primo progetto della Legge viene presentato in Parlamento nella sessione del 23 marzo 1866. Si veda, in proposito, BIANCHI, *Sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore. Testo e commento della Legge n. 1938, 8/6/1874 e del Regolamento n. 2012, 26/7/1874*, in *Raccolta delle leggi speciali e convenzionali internazionali del Regno d'Italia*, vol. II, seria VI, Torino, 1886.

⁷ Per un'ampia panoramica della questione, OLGIATI, *Avvocati e notai tra professionalismo e mutamento sociale*, in *Saggi sull'avvocatura*, Milano, 1990, pp. 1 ss..

⁸ Cfr. OLGIATI, *op. cit.*, p. 12; LIPARI, *L'avvocato libero professionista*, in *L'ordinamento giudiziario* (a cura di Picardi e Giuliani), Rimini, 1985. Per un approfondimento, si veda il Par. 4 del presente commento.

nella formulazione della stessa, una “doppia anima”⁹: l’una, che incarna il progetto voluto dalla classe forense, orientato a superare l’antica impostazione corporativa¹⁰; l’altra, individuabile nel progetto promosso dal legislatore, volto anch’esso al superamento degli angusti confini privatistici ed orientato verso un più ampio programma politico di unificazione nazionale¹¹. Proprio in questi termini, dunque, si pone la “*questione professionale*”, con particolare riferimento alla entificazione dell’Ordine, inteso al contempo quale organo istituzionale, integrativo della funzione pubblica e destinato al perseguimento dei fini propri della ragion di Stato, nonché quale garante dei principi dell’autonomia e dell’indipendenza proclamati dalla classe forense.

Durante il ventennio fascista, la collocazione socio-politica della classe forense induce la dittatura a tentare una sorta di “*disciplinamento sociale*”, di “*neutralizzazione politica*” nei confronti di un ceto giudicato potenzialmente concorrente alla rivoluzione fascista¹². Accade così che, attraverso la Legge 25 marzo 1926 n. 454, si tenti di attuare una vera e propria restaurazione della “*sovranità dello Stato sui gruppi minori*”¹³, mediante strumenti predisposti per il perseguimento di tale fine, tra cui la previsione del criterio discriminante degli interessi superiori della Nazione ed il relativo giuramento di fedeltà quale condizione per l’accesso alla professione, l’introduzione del numero chiuso, l’istituzione del Consiglio Superiore Forense, con funzioni disciplinari sugli iscritti e di controllo finanziario sui singoli Ordini, nonché la previsione di un periodo di pratica forense di cinque anni ed il supe-

⁹ L’argomento è sapientemente trattato in OLGATI, *op. cit.*, pp. 14 ss..

¹⁰ Cfr., in proposito, ZANARDELLI, *L’avvocatura. Discorsi*, Firenze, 1879; CARRARA, *Il passato, il presente e l’avvenire degli avvocati in Italia*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VI, Lucca, 1876.

¹¹ Al riguardo, OLGATI, *op. cit.*, p. 15, rileva l’ulteriore intento di “... realizzare anche una sorta di funzionarizzazione, cioè un processo di socializzazione al ruolo istituzionale dal quale potesse emergere non tanto una tendenza burocratica in senso weberiano, quanto piuttosto un allineamento del ceto al programma politico dell’unificazione nazionale”.

¹² Non sorprende – secondo OLGATI, *op. cit.*, p. 62 – “...il fatto che, non potendo essere considerati né come hostes, cioè come avversari-antagonisti, ma neppure come veri amici o socii cioè, come alleati-aderenti, gli avvocati italiani furono, a loro volta, considerati dallo stesso P.N.F. come inimici, cioè come avversari-concorrenti, interni (per scelta di classe)”.

¹³ Si veda ROCCO, *Le trasformazioni dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927.

ramento di un esame di stato per l'ottenimento dell'abilitazione. Dunque, lungi dal porre in discussione l'esistenza di un ceto sociale, il fascismo persegue un programma socio-normativo di "disorganizzazione mediante riorganizzazione"¹⁴. Prova ne sia il fatto che – in virtù del R.D.L. 22 agosto 1928 n. 2580 – i Consigli degli Ordini vengono sostituiti da organi estranei alla tradizione forense, le Commissioni Reali¹⁵.

Nel corso del secondo dopoguerra, i progetti di riforma si susseguono, senza peraltro mai sfociare in un testo normativo definitivo¹⁶. Già nel I Congresso Nazionale giuridico forense si discute della "Riforma della legge professionale" e si affrontano temi importanti quali l'autonomia e l'indipendenza dell'Ordine forense, il maggiore rigore deontologico come obiettivo da perseguire, e la necessità di porre riparo alla notevole sproporzione fra le possibilità di utile opera professionale e il numero degli iscritti agli Albi. Cosicché, nel corso della I Legislatura, viene predisposto un progetto di riforma dell'ordinamento forense¹⁷. Si tratta del Disegno di Legge del Ministro Grassi (D.d.l. 10 settembre 1949, intitolato "Norme per gli ordini forensi e per gli esami da procuratore") che, oltre a prevedere il ripristino dell'albo chiuso¹⁸, riguarda essenzialmente il riconoscimento della personalità giuridica agli Ordini forensi. Anche durante la II Legislatura viene elaborato uno schema di legge. È il frutto del lavoro svolto da una Commissione formata da soli avvocati e presieduta da Piero Calamandrei, che,

¹⁴ OLGATI, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵ Tanto queste ultime quanto gli stessi Ordini professionali, simboli evidenti del principio di autonomia della professione, verranno in seguito sciolti attraverso il R.D. 27 novembre 1933 n. 1578, e le relative funzioni conferite rispettivamente ai Direttori e ai Sindacati territoriali di categoria.

¹⁶ In proposito, si veda BERTI ARNOALDI VELI, *La riforma dell'ordinamento professionale forense ed i suoi precedenti storici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 621 ss..

¹⁷ Occorre, però, sottolineare che – già nell'art. 18 del D.Lgt. 23 novembre 1944 n. 382 – viene prospettata l'esigenza concreta di realizzare una riforma dell'ordinamento forense.

¹⁸ La legge professionale del 1934 prevedeva *ab origine* il sistema dell'albo chiuso e del numero limitato di posti a concorso. Soltanto in pieno conflitto mondiale (attraverso l'art. 1 del D.d.l. 7 settembre 1944 n. 215) il sistema era stato modificato, essendo stata temporaneamente sospesa "l'applicazione delle norme concernenti la limitazione dei posti da conferire annualmente per iscrizione o per trasferimento negli albi dei procuratori".

nel settembre 1955, presenta al Guardasigilli, On. Moro, un testo in cui è prevista, tra l'altro, l'abolizione del numero chiuso, l'effettività dell'esercizio professionale per mantenere l'iscrizione all'albo, nonché l'obbligo di revisione biennale dell'albo stesso a carico dei Consigli.

Fanno seguito, nelle successive Legislature, altri progetti di riforma dell'ordinamento forense¹⁹, caratterizzati da qualche elemento innovativo. Tra i più significativi, merita di essere ricordato il Progetto di legge presentato dal Sen. Viviani²⁰, i cui contenuti costituiscono in un certo senso i primi segnali di un cambiamento nel mondo professionale: il progetto, tra l'altro, introduce un Capo intitolato "*Avvocati della CEE*", porta gli anni di pratica forense a tre, distinguendo un periodo di pratica presso gli uffici giudiziari ed uno presso l'avvocato. Come spesso accade in Italia, lo scioglimento anticipato delle Camere impedisce che il Progetto possa percorrere per intero il suo *iter* legislativo.

Altre iniziative seguono nell'VIII e nella IX Legislatura²¹, tutte con scarso successo, tanto da non riuscire ad ottenere neppure l'approvazione di un ramo del Parlamento. Al di là di alcuni interventi dagli orizzonti quantomai limitati²², anche la successiva Legislatura non produce i risultati auspicati in materia di riforma dell'ordinamento forense, se non un Disegno di legge governativo²³ elaborato dal Consiglio Nazionale Forense sul "*vecchio*" Progetto Ricci-Marinucci (e successivamente modificato in molti dei punti più qualificanti rispetto al progetto di partenza). Proprio in ragione di tali e tante modifiche, il Di-

¹⁹ Meritano una particolare menzione, tra gli altri, quelli del Ministro di Grazia e Giustizia, On. Gonella (1959, 1968 e 1972), quello del Guardasigilli, On. Bosco (1963), e quello dell'On. Lenoci (1972).

²⁰ Si tratta di un Progetto di legge del luglio 1976. Di lì a qualche mese avrebbero visto la luce altri due progetti: il P.d.l. Bussetti (gennaio 1977) e il P.d.l. Bonifacio (luglio 1977).

²¹ Ci si riferisce, in particolare, al Progetto di legge Bussetti, presentato nel luglio 1979, e al Progetto di legge Abete, presentato nel 1982. Entrambi i Progetti furono esaminati nell'Assemblea straordinaria degli avvocati, convocata a Rimini nel 1982, nella quale sede vennero espressi alcuni fondamentali principi cui si informarono anche i successivi Progetti (il Progetto Ricci-Marinucci, il Progetto Mancino, il Progetto La Russa e il Progetto Maceratini).

²² Si veda, in particolare, la Legge di riforma della pratica forense (1985), dovuta all'iniziativa del Guardasigilli Martinazzoli, nonché la Legge 27 giugno 1988 n. 242.

²³ Si tratta del D.d.l. n. 1782, presentato il 23 maggio 1989 ad opera del Ministro di grazia e giustizia Vassalli. In realtà, vanno registrate altre iniziative in tal senso, tra le quali il Progetto Maceratini, il Progetto Mancino e il Progetto Battello.

segno di legge viene fatto oggetto di ferma opposizione, da parte dell'avvocatura, nel Congresso di Catanzaro (settembre 1989).

Proprio quando più forte si fa nella categoria la coscienza che i tempi per un cambiamento sono maturi, è dall'esterno che giungono alcuni importanti interventi diretti a modificare le regole della professione, a sconvolgerne gli standard culturali e deontologici. Di questo aspetto della questione si è fatto cenno in precedenza e si tratterà più ampiamente nel Paragrafo successivo. Basti per ora rilevare che, proprio nella prima metà degli anni '90, il bisogno di mantenere la professione forense al passo con una società in frenetica evoluzione ha dato vita ad un numero impressionante di progetti di riforma²⁴. Tutto ciò conferma un'effettiva presa di coscienza riguardo ad un fenomeno, già da tempo in atto, di divaricazione tra forme di esercizio della professione altamente organizzate e "imprenditorializzate" e forme di tipo più spiccatamente personale, per non dire addirittura "artigianale".

3. Progetti di riforma, recenti interventi giurisprudenziali e disciplina comunitaria in materia di concorrenza

L'interrogativo da cui si deve partire è se la nozione di impresa propria dell'ordinamento italiano ricomprenda in sé anche quella di professione. Secondo una parte della dottrina, la definizione contenuta nell'art. 2082 c.c. sarebbe, di per sé, idonea a ricomprendere una pluralità di accezioni di imprenditore. Inoltre, quale conferma della progressiva opera di assimilazione ontologica tra "professionista" e "impresa" in campo nazionale, meriterebbe una citazione la Legge 6 febbraio 1996 n. 52 che, nel dare attuazione alla Direttiva 93/13/CEE, ha introdotto l'art. 1469-bis c.c., il cui 2° comma definisce professionista la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, stipula con un consumatore un contratto che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi. In questo modo, il concetto di professionista parrebbe dilatarsi, tanto da far pensare ad una sorta di omologazione delle professioni all'impresa, nell'illusione che il consumatore venga meglio tutela-

²⁴ Tra questi, merita ricordare il D.d.l. Mastrantuono (1992), il D.d.l. Brutti (1993), il D.d.l. Covi (1993), il D.d.l. Castagnetti (1993), il Progetto di legge-quadro di riforma della professione predisposto dall'O.U.A. (1995), il D.d.l. Cessetti (1996) e il D.d.l. Fragalà (1996).

to, anche nei confronti del professionista, se si rispettano le più rigide e tradizionali regole del mercato: libera concorrenza e prodotto al minor costo²⁵.

Di gran lunga prevalente è l'opinione per cui l'esercizio di una professione intellettuale sarebbe attività nettamente distinta da quella di impresa²⁶, anche se quest'ultimo concetto, così come previsto dal Codice civile del 1942, appare piuttosto esteso e idoneo a comprendere in sé l'attività del professionista intellettuale²⁷, sì da fare apparire la questione – anche alla luce delle conferme giurisprudenziali di cui nel seguito del commento – oramai superata. Esistono tuttavia argomenti di natura sistematica a sostegno di una differente impostazione. In particolare, pur essendo disciplinate nel medesimo Libro del Codice civile (*“Del Lavoro”*), l'attività di impresa e il lavoro autonomo sono collocati sotto titoli diversi: la prima, al Titolo II; la seconda al Titolo III. Esistono, poi, anche ragioni più squisitamente esegetiche. Infatti, l'art. 2238 c.c. dispone, da un alto (1° comma), che al professionista si applichi la disciplina dell'impresa soltanto ove *“l'esercizio della profes-*

²⁵ Al riguardo, LAURINI, *Tariffe professionali e libera concorrenza*, in *Notariato rass. sist. dir. e tecn. contratt.*, 1995 n. 2, p. 105. Si veda, inoltre, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto dell'impresa*, vol. 1, Torino, 1997, secondo cui il legislatore, con la definizione contenuta nell'art. 2082 c.c., avrebbe inteso fissare solamente i requisiti rilevanti ai fini della nozione civilistica di imprenditore, per cui in diritto non esisterebbe la nozione di imprenditore, bensì *“le nozioni di impresa (civilistica, tributaria, comunitaria) dettate in funzione degli specifici assetti normativi regolati e degli specifici interessi cui si intende dare sistemazione”*.

²⁶ In tal senso si esprime la Relazione al codice civile (n. 917): *“il codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario”*. In dottrina, tra gli altri, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, (Cicu-Messineo), vol. XXXVII, 1, Milano, 1996, pp. 351 ss.; IRTI, *Gli errori dell'Antitrust sulle libere professioni*, in *Italia Oggi*, 14 ottobre 1997, p. 27; DORE, *Professioni e impresa tra diritto interno e comunitario: il problema delle tariffe*, in *Corriere giuridico*, 1999, 1, pp. 41 ss. Contra: GALGANO, *Le professioni intellettuali ed il concetto comunitario d'impresa*, in *Contratto ed Impresa/Europa*, 1997, pp. 3-4.

²⁷ Si veda, in proposito, MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, in *Rass. Forense*, 1997 n. 3, p. 753, in cui si afferma che la distinzione operata dall'art. 2238 atiene allo status del professionista intellettuale rispetto all'imprenditore commerciale, ma non esclude la natura imprenditoriale dell'attività professionale. È cioè una distinzione qualitativa perché tende a sottolineare le caratteristiche intellettuali dell'esercizio professionale, ma non ad escludere che questa attività intellettuale possa assumere o abbia in sé attributi di impresa.

sione costituisca elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa"; dall'altro (2° comma), che venga comunque estesa la sola disciplina relativa al rapporto subordinato, e non anche quella dell'impresa, al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari.

Nonostante ciò, in giurisprudenza sono numerose le decisioni della Corte di Giustizia europea in materia di concorrenza che, da almeno un paio di decenni, ribadiscono che la nozione di impresa in ambito comunitario deve essere intesa come non collegata ai concetti desumibili dai diversi sistemi nazionali e, per quel che ci riguarda, dall'art. 2082 c.c., che definisce l'impresa sotto il profilo soggettivo, caratterizzandola come l'attività economica organizzata di beni, esercitata professionalmente al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

La nozione comunitaria pone, invece, l'accento sull'aspetto funzionale dell'attività economica, da chiunque organizzata: in tal modo, si ampliano i profili soggettivi, potendosi riconoscere il carattere di impresa all'attività di qualsiasi persona fisica o giuridica, associazione non riconosciuta o ente pubblico, a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità del suo finanziamento²⁸. E ciò tanto più che il Trattato istitutivo della Comunità Europea espressamente annovera tra i servizi assoggettati alla disciplina comunitaria sulla concorrenza le "attività delle libere professioni". In effetti, nella nozione comunitaria di impresa, l'elemento organizzativo non sembra in alcun modo caratterizzante, dato che l'attività del professionista costituisce *ex se* attività di impresa, grande o piccola che sia la sua organizzazione. Sulla scorta di questo fondamentale principio in materia di tutela del mercato – e considerato che *il mercato* è stato qualificato, a sua volta, quale moti-

²⁸ In tal senso, viene attribuita natura di impresa agli "...artisti che facciano, ancorché isolatamente e non sistematicamente, un'utilizzazione commerciale delle proprie rappresentazioni" (Decisione 15 giugno 1978 Rai/Unitel – G.U.C.E., Serie L, n. 157/1978), nonché alle "... persone fisiche che non possono inquadarsi nella figura dell'imprenditore, né svolgono attività economica in forma organizzata, quando esse compiano un atto di natura economica suscettibile di restringere la concorrenza" (Decisioni 2 dicembre 1975, Aoip/Beyrard – G.U.C.E., Serie L, n. 6/1976; 21 dicembre 1976, Theal/Watts – G.U.C.E., Serie L, n. 39/1977; 10 gennaio 1979, Vaessen/Moris – G.U.C.E., Serie L, n. 19/1979). Infine, e più in generale, "è da intendersi impresa, per il diritto comunitario della concorrenza, ogni entità impiegata in attività commerciali" (si veda, ad esempio, Decisione 23 aprile 1986, Polipropilene – G.U.C.E., Serie L, n. 230/1986).

vo ispiratore, ormai idolo e mito della nostra stessa civiltà giuridica²⁹ – sta diventando davvero sempre più arduo tentare di opporsi all'idea del professionista quale imprenditore e produttore di servizi da immettere su un mercato fondato sul principio della libera concorrenza³⁰.

Come si è detto all'inizio, uno dei primi sintomi del radicale cambiamento che si stava profilando all'orizzonte delle professioni può essere individuato in una recente sentenza della V^a Sezione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Repubblica italiana), con cui viene riconosciuta natura di impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica – consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi – a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento. Cosicché, afferma il giudice europeo, un'attività come quella dello spedizioniere doganale, in quanto avente carattere intellettuale e per la quale è richiesta un'autorizzazione per l'esercizio, non può ritenersi esclusa dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato C.E.³¹.

²⁹ MACCAGNO, *Relazione*, in *L'avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d'impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago./Set. 1999, p. 1764.

³⁰ In proposito, CLARICH, *Quelle proposte figlie del corporativismo*, in *Guida al diritto*, 1999, Supplemento al n. 35, p. XXXVIII, secondo cui "... che non vi sia un'incompatibilità ontologica, intesa come inesistenza di esperienze positive, prima ancora che giuridica (specie alla luce del diritto comunitario), tra la nozione di libera professione e la nozione di impresa risulta da uno sguardo anche rapido oltre confine. E ciò senza neppure spingersi fino alle esperienze più estreme degli studi legali a dimensione planetaria. Si tratta soltanto di concepire gli adattamenti necessari, muovendo però da un assunto non più disputabile".

³¹ La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione V, 18 giugno 1998 – Causa C-35/96 sancisce, in massima, che "non possono essere qualificati esperti indipendenti i membri di un'organizzazione professionale che fissano le proprie tariffe, non essendo tenuti dalla legge a prendere in considerazione anche gli interessi generali e gli interessi delle imprese e degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi. La tariffa che determina i prezzi massimi e minimi applicabili alla clientela degli spedizionieri doganali, vincolante per questi ultimi e fissata dai membri dell'organizzazione professionale, si configura come decisione di associazione di imprese ed è nulla di diritto ai sensi dell'art. 85 del Trattato C.E...", in quanto "...impresa è qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento; un'attività economica è costituita da qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi. Un'attività (come quella di spedizioniere dogana-

Sulla spinta della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, e preso atto dell'estrema attenzione del giudice comunitario nei confronti del problema della libera concorrenza, si sono potute registrare le prime inversioni di rotta anche in Italia. La Corte di Appello di Torino, I^a Sezione Civile, con sentenza 9 giugno-11 luglio 1998 n. 791³², ha infatti riconosciuto che l'attività svolta dal difensore è, per la normativa comunitaria, un'attività economica svolta da un'impresa e, pertanto, soggetta all'applicazione dell'art. 85 (ora art. 81) del Trattato di Roma che vieta le intese e gli accordi lesivi della concorrenza.

Il precedente giurisprudenziale non è rimasto isolato. Così, la questione relativa alla compatibilità al Trattato C.E. delle tariffe inderogabili in materia di attività professionale degli avvocati è stata rimessa ai giudici di Lussemburgo, affinché si possa giungere ad una soluzione definitiva del problema. In particolare, nel corso di un procedimento penale, il Pretore di Pinerolo, con sentenza n. 551 del 3 giugno 1997³³ (dunque, addirittura precedente a quella, già citata, della Corte di Appello di Torino) aveva liquidato le spese processuali sostenute dalla parte civile in misura inferiore alla nota prodotta dal difensore della stessa, disapplicando le tariffe professionali forensi approvate con D.M. 5 ottobre 1994 n. 585. La Corte di Cassazione, con sentenza 29 aprile-6 luglio 1998 n. 1363, ha annullato la sentenza del Pretore di Pinerolo per avere questi disapplicato senza motivazione l'inderogabile tariffa professionale forense in vigore, rimettendo la decisione sul punto al medesimo giudice, in sede di giudizio di rinvio, per la liquidazione delle spese processuali *secundum legem*.

Senonché, il Pretore di Pinerolo – anziché pronunciare in conformità – con ordinanza 13/15 gennaio 1999, ha rimesso la questione pregiudiziale, ex art. 177 Trattato C.E., alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, affinché la stessa si pronunci sull'operatività del divieto di cui all'art. 85, paragrafo 1, del Trattato in materia di tariffe

le) avente carattere intellettuale, richiedente un'autorizzazione per l'esercizio ed esercitata senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani, non è esclusa dalla sfera di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E.. Un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica richiesta dal Trattato..."

³² Guida al diritto, n. 33/1998, pp. 74 ss..

³³ Guida al diritto, n. 10/1999, pp. 18 ss..

inderogabili relative all'attività professionale forense e, in caso positivo, sull'eventualità che, per la particolarità dell'attività svolta dall'avvocato e delle sue funzioni, la determinazione delle tariffe inderogabili nei minimi e nei massimi, effettuata dall'Organo di rappresentanza della categoria, possa rientrare nelle previsioni derogatorie ex art. 85, paragrafo 3, del Trattato.

In attesa che il Giudice comunitario si pronunci sul punto, assume rilievo l'indagine conoscitiva avviata, nel settore degli Ordini e Collegi professionali, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁴, dalla quale emerge, in relazione alla professione legale, che l'esistenza degli Ordini trova una duplice giustificazione: da un lato, la previsione costituzionale del diritto alla difesa in giudizio; dall'altro, l'elevata complessità delle prestazioni professionali, con conseguente difficoltà, per gli utenti, di valutare a posteriori la qualità del servizio e la congruità dei prezzi indicati³⁵. Dunque, l'Ordine professionale si qualifica, in mancanza di mezzi alternativi, come strumento diretto a garantire il miglioramento del mercato e, come tale, supera l'esame dell'Antitrust, a differenza di quanto accade per altri fattori quali la potestà del medesimo Ordine (in realtà: Consiglio Nazionale) in materia di tariffe. L'Ordine (Consiglio Nazionale), dunque, può oggi essere considerato "una sorta di motivata deroga alla disciplina della concorrenza"³⁶, in ragione di esigenze di interesse generale.

In effetti, stando al parere espresso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, esiste una rete di norme – tra cui quelle sull'accesso alla professione, sui doveri dei professionisti, sull'apparato sanzionatorio, e così via – idonea e sufficiente a ridurre il rischio per il consumatore dell'imperizia e dei comportamenti opportunistici da parte del professionista, e tale da rendere superflua l'introduzione di

³⁴ L'indagine, aperta con deliberazione 1° dicembre 1994 n. 2523 (in *Bollettino AGCM*, 1994 n. 48), si è conclusa con provvedimento del 3 ottobre 1997 n. 5400 (in *Bollettino AGCM*, 1997 n. 42; la Relazione finale si può leggere in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 884 ove, alla p. 659, si trova il commento di V. MELI, *L'indagine dell'antitrust sugli ordini e collegi professionali*).

³⁵ Si tratta delle c.d. "asimmetrie informative", ovvero imperfezioni del mercato di significativo rilievo. La più generale questione relativa al ruolo e alla natura degli Ordini (e dei Collegi) professionali ha da sempre animato il dibattito storico e culturale, in ragione delle funzioni di natura pubblicistica e, al contempo, di regolazione di interessi privati della categoria svolte da tali organi.

³⁶ MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, cit., p. 756.

ulteriori strumenti di regolamentazione, quali ad esempio la fissazione di tariffe omogenee. È, inoltre, necessario – sempre secondo il parere dell’Autorità Antitrust – eliminare tutte quelle norme destinate unicamente alla salvaguardia di logiche prettamente corporative. In questa ottica, le tariffe professionali sono state definite come strumenti diretti alla protezione delle categorie interessate, in quanto non riconducibili al perseguimento dell’interesse generale di garantire elevati livelli qualitativi di prestazione, ma unicamente a costituire un ostacolo alla libera concorrenza. L’analisi condotta dall’Autorità Antitrust, come si dirà in seguito, appare per certi versi fuorviante. Si pensi, ad esempio, alle funzioni di natura squisitamente pubblicistica svolte dal Consiglio Nazionale Forense al quale, per tali motivi, appare fuori luogo l’attributo di “*associazione di imprese*”.

In questo clima, il Progetto di legge-quadro per il riordino delle professioni intellettuali (la cosiddetta “Bozza Mirone”, approvata dal Consiglio dei Ministri in data 3 luglio 1998), è stato addirittura ritirato dal tavolo delle proposte. Il Progetto si fondava su un delicato punto di equilibrio fra tradizione e *deregulation*, richiamandosi da un lato ai valori di “*deontologia, personalità delle prestazioni, indipendenza e responsabilità del professionista*” e dall’altro ai principi di “*pluralismo e concorrenza*”³⁷. Questo strenuo tentativo di mediazione emergeva, già ad un primo esame, dall’art. 1, punto E), con cui veniva sancito il principio di “*distinzione delle professioni intellettuali dall’attività di impresa*”, disponendosi che la disciplina delle prime dovesse attuarsi “*...secondo i caratteri, intrinseci e prevalenti, delle prestazioni professionali (personalità della prestazione e responsabilità rispetto all’esecuzione; natura creativa e non meramente esecutiva) e secondo requisiti soggettivi del prestatore (possesso del titolo di studio e dell’abilitazione, e rispetto dei principi di deontologia)*”. Si assisteva, così, ad una vera e propria presa di posizione, se non fosse stato per il fatto, certamente non di poco conto, che il medesimo Disegno di legge – almeno inizialmente, e nel tentativo di risolvere le questioni già rilevate dall’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato – aveva previsto l’abolizione delle tariffe minime e massime, ammettendo valori non vincolanti con riferimento alla complessità e alla qualità della prestazione³⁸.

³⁷ Il progetto contiene i principi generali di riordino e rinvia a uno o più decreti legislativi da emanarsi entro un anno dalla sua entrata in vigore.

³⁸ Nella versione finale, il Disegno di legge non prevedeva alcuna proposta di

Allo stesso modo, l'intensa attività del legislatore ha – più o meno nello stesso periodo – portato all'elaborazione e all'approvazione di uno schema di Disegno di legge contenente “*Nuove disposizioni sulla professione di avvocato*”³⁹. Accanto ad un indirizzo particolarmente restrittivo in tema di società fra professionisti⁴⁰, mancano indicazioni in materia tariffaria, in quanto si rinvia semplicemente al disegno di legge sulle professioni intellettuali⁴¹. Successivamente, è stato predisposto

abolizione dei minimi tariffari, ma semplicemente una delega a rivedere il meccanismo di determinazione degli stessi; inoltre, solo in caso di prestazione professionale obbligatoria erano previsti livelli tariffari inderogabili, fissati dal Consiglio dei Ministri, sentiti gli Ordini interessati. Erano, poi, delineati i principi per le società professionali, anche in deroga al codice civile, attraverso il rinvio a un decreto legislativo (in quanto il Governo già aveva rinunciato – su richiesta del Senato che aveva votato una mozione in tal senso – a emanare il regolamento previsto dall'art. 24 L. 266/1997).

³⁹ Lo schema è stato elaborato e approvato dalla Commissione Mirone in data 26 febbraio 1998, e deliberato dal Consiglio dei Ministri il 6 agosto successivo. La Relazione al Disegno di legge, nel premettere che “*l'ordinamento della professione di avvocato è tuttora regolato dalle norme del Regio Decreto legge 27 novembre 1933 n. 1578, convertito nella legge 22 gennaio 1934 n. 36, che mantiene sostanzialmente inalterato l'originario impianto ottocentesco della disciplina della professione...*”, stabilisce che “*l'evoluzione e la profonda trasformazione intervenuta nel dopoguerra nella vita economica e sociale del paese, l'instaurazione di un sistema politico fondato sui principi democratici, l'integrazione economica e politica dell'Europa occidentale, le riforme del diritto sostanziale e della giurisdizione, hanno sensibilmente mutato i compiti e la funzione dell'avvocato nel processo e nella società, ma il nuovo ruolo della professione forense, essenziale allo sviluppo e all'ordinato svolgimento della vita civile, è rimasto negativamente condizionato da una legge che per finalità, principi e soluzioni organizzative venne concepita per una società e per una professione del tutto diverse da quelle attuali... Dal 1949 ad oggi, l'agenda parlamentare ha registrato una ininterrotta serie di proposte di riforma dell'ordinamento professionale forense, sia ministeriali che parlamentari, ma nessuna di esse si è tradotta in legge ...L'Assemblea degli Ordini e delle associazioni forensi svoltasi a Rimini nel 1982 ha rappresentato un contributo significativo, definendo, nella cosiddetta “Carta di Rimini”, i principi e gli indirizzi di una nuova legge professionale ai quali si sono generalmente ispirati i disegni di legge presentati nella IX legislatura e nelle successive. I Congressi nazionali giuridici di Salerno (1985), di Ancona (1987), di Catanzaro (1989), di Trento (1991) e di Roma (1993) hanno elaborato ulteriori rilevanti apporti anche in relazione ai problemi posti alla professione dagli ordinamenti comunitari e dalle riforme del processo penale e civile”.*

⁴⁰ Quanto alla possibilità di esercitare la professione sotto forma societaria, lo schema di legge prevedeva che ciò potesse avvenire solo tra iscritti all'Ordine e nella forma della società di persone, ma non anche in deroga alle norme del codice civile, ritenendo soluzioni diverse suscettibili di pericolose involuzioni sul terreno dell'autonomia e dell'indipendenza dell'avvocato.

⁴¹ Va, in proposito, rilevato che – in risposta alle recentissime prese di posizione

un Disegno di legge governativo (2 settembre 1998, atto Camera n. 5211⁴²) – il cosiddetto *Disegno di Legge Flick* – contenente, “*Nuove disposizioni sulla professione forense*”, anch’esso piuttosto lacunoso in virtù dei continui rinvii a regolamenti di attuazione ed esecuzione.

Ma vi è di più. Nell’esercizio dei poteri consultivi previsti dall’art. 22 Legge n. 287/1990, e in seguito alla richiesta da parte del Ministero di Grazia e Giustizia, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è nuovamente pronunciata, in riferimento alle disposizioni contenute nel Disegno di legge n. 5092, recante “Delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali”, con parere del 5 febbraio 1999.

Partendo dalla considerazione che l’attuale regolamentazione ordinistica è in massima parte espressione di una sedimentazione di interventi particolaristici e di una prospettiva tesa all’isolamento dai processi concorrenziali, l’Autorità ha tra l’altro sancito che fine prioritario, per quanto riguarda la regolamentazione delle modalità di esercizio della professione, è quello di correggere le già menzionate asimmetrie informative, attraverso la predisposizione di una serie di strumenti correttivi idonei ad agevolare il cliente (*ex ante*) nella scelta della prestazione e del professionista più adeguato e (*ex post*) nella valutazione della prestazione erogata. Tra gli strumenti in questione, viene giustamente indicata la pubblicazione e diffusione di standard qualitativi delle prestazioni e dei comportamenti che i professionisti devono rispettare, nonché l’eliminazione del divieto di pubblicità. Tuttavia, lo strumento forse più incisivo nello sforzo di rendere effettivo il superamento delle asimmetrie informative e di agevolare realmente la parte più debole (il cliente) nella scelta della regolamentazione più opportuna del rapporto professionale, consiste nella previsione della possibilità di stipulare contratti con prezzi e garanzie collegati anche al conseguimento degli obiettivi concordati, quasi a segnare un’apertura (del tutto inattesa) verso un modello molto vicino a quello che nel sistema statu-

del Governo in materia di abolizione degli ordini professionali – i rappresentanti degli stessi hanno messo a punto un documento contenente i “*principi di una riforma giusta*”. In effetti, il vertice del Comitato Unitario degli Ordini e Collegi professionali ha elaborato il suo programma, nell’ambito del quale viene definita la ristrutturazione del sistema tariffario attraverso la previsione dei prezzi massimi delle prestazioni, in modo da tutelare il cliente, e la sostituzione della tariffa minima con la rilevazione dei costi e dei corrispettivi medi applicati.

⁴² Si tratta del c.d. Disegno di legge Flick, dal nome dell’allora Guardasigilli.

nitense è definito come “*contingent fee agreement*”⁴³, pur con tutte le difficoltà – insite nel nostro sistema – di superare il principio secondo cui l’avvocato non può essere, a nessun titolo, cointeressato nell’esito della controversia.

È naturale allora domandarsi quali potranno essere le implicazioni pratiche di tutto ciò. In particolare, ci si deve chiedere in quale misura la professione legale sia destinata a mutare e quali criteri segneranno questo mutamento, nell’ambito di una tendenza a perpetuare, per quanto possibile, la tradizione “*ordinistica*”, e di una contrapposta tendenza verso istanze di liberalizzazione e di incentivazione della concorrenza tipiche dell’esperienza degli ordinamenti di *common law*.

4. Conclusioni e cenni di raffronto con l’esperienza statunitense

Sono, dunque, numerosi gli elementi di imprenditorialità della nuova figura del professionista – e dell’avvocato, in particolare – venutasi a delineare attraverso l’evoluzione della società odierna. Del resto, la normativa comunitaria è chiara in proposito. Inoltre, nel momento stesso in cui si ammette la possibilità di costituire una società fra professionisti (ovvero, un’associazione che, di fatto, molto le somiglia), pare difficile fissare confini al tipo sociale adottato⁴⁴. Potranno, allora, sorgere problemi di natura sistematica, posto che la stessa definizione comunitaria di imprenditore è stata criticata per essere “*estremamente magmatica*”⁴⁵, con la conseguenza che, una volta classificato l’avvocato tra gli imprenditori, ci si dovrà porre il problema degli effetti pratici di tale scelta in ordine alla normativa da applicare.

Tuttavia, al di là dei falsi miti del mercato e della concorrenza⁴⁶,

⁴³ Per una breve analisi del tema, si rinvia al Paragrafo successivo.

⁴⁴ Una società, infatti, non può non essere impresa, soprattutto ove si consideri che il *professionista* è colui che esercita *professionalmente* un’attività economica (dunque, in modo non certo occasionale) e, pertanto, costituendosi in società, diviene imprenditore collettivo.

⁴⁵ COTTINO, *Introduzione*, in *L’avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d’impresa: una crisi di identità?*, cit., p. 1763.

⁴⁶ In questi termini, DE TILLA, *L’avvocatura fattore di modernizzazione della società*, in *La Previdenza forense*, 4/1999, p. 3. Secondo l’Autore, non è possibile che, per malintese esigenze del mercato, i professionisti perdano la propria identità. Il valore che essi rappresentano va, infatti, salvaguardato e può assimilarsi ad un prisma esagonale rappresentato dalla natura intellettuale della prestazione, dal rapporto fiduciario

occorre muoversi in una prospettiva che tenga presente tanto la posizione “*interstiziale*” delle professioni giuridiche⁴⁷, quanto il rilievo costituzionale della professione forense (l’art. 24 Cost. e l’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo definiscono il diritto alla difesa come diritto inviolabile), in ragione del quale l’avvocato costituisce strumento di attuazione dei principi costituzionalmente protetti che nessuna norma (neppure di tipo comunitario) può in alcun modo pregiudicare⁴⁸.

Pare, quindi, possibile distinguere tra attività a carattere effettivamente imprenditoriali e attività che costituiscono invece l’esercizio di funzioni tipicamente pubblicistiche o socialmente rilevanti, così da permettere la coesistenza dei due diversi profili. In questo modo, anche l’attività di fissazione delle tariffe forensi parrebbe collocarsi nell’ambito di queste funzioni di carattere pubblicistico, restando così estranea al contesto disciplinato ai sensi dell’art. 85 del Trattato C.E.. A sostegno della tesi prospettata va considerato che il Consiglio Nazionale Forense è un organo di diritto pubblico⁴⁹. Lo prova il fatto che le funzioni dallo stesso svolte, quali la tenuta degli Albi, la predisposizione delle regole deontologiche e, non ultima, la partecipazione al procedimento di determinazione delle tariffe professionali. Quest’ultimo profilo concreta un’essenziale funzione pubblica, stabilita per legge, per la tutela degli interessi generali della collettività⁵⁰.

La situazione che si prospetta non sembra, dunque, in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza, posto che – nel caso specifico degli avvocati – la normativa italiana non delega a sog-

con l’utente, dall’elevato grado di affidabilità, dalla tenuta etica dei comportamenti, dal prestigio del ruolo sociale ed infine dagli influssi pubblicistici della funzione.

⁴⁷ PARSONS, *A Sociologist Looks at the Legal Profession*, in T. PARSONS, *Sociological Essays*, New York, 1954.

⁴⁸ Questo tipo di impostazione è stato, peraltro, criticato da una parte della dottrina italiana. Si veda, in proposito, ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *L’avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d’impresa: una crisi di identità?*, cit., p. 1765.

⁴⁹ Il C.N.F. è composto da membri che, pur essendo eletti in seno agli Ordini distrettuali, sono proclamati dal Ministero di Grazia e Giustizia, ed il loro incarico ha carattere onorario, trovandosi gli stessi in posizione di autonomia e indipendenza rispetto alla categoria.

⁵⁰ Si noti, inoltre, che ulteriore fondamento normativo delle tariffe forensi è la previsione (R.D. n. 1578/1933, art. 12) secondo cui gli avvocati “*debbono adempiere al loro ministero con dignità e decoro, come si conviene all’altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell’amministrazione della giustizia*”.

getti privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica e, dunque, non parrebbe violare le norme di concorrenza da applicarsi alle imprese. A ciò si aggiunga che il processo decisionale che conduce alla fissazione delle tariffe forensi si svolge interamente nell'ambito dell'Amministrazione dello Stato, e l'intervento del Consiglio Nazionale Forense, che delibera uno schema di regolamento⁵¹, è soltanto una delle componenti che portano all'adozione del provvedimento finale, attraverso un decreto del Ministro di Grazia e Giustizia⁵² che tiene conto del parere obbligatorio di organi di rango costituzionale quali il C.I.P. (cui è demandata una valutazione dell'impatto sull'economia) e il Consiglio di Stato (cui spetta il controllo di conformità alla legge), soggetto alla registrazione da parte della Corte dei Conti ed alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

All'interno del procedimento, così come delineato, risulta preponderante l'aspetto attinente la tutela dell'interesse pubblico (con particolare riferimento alla politica reddituale e fiscale) rispetto a quello specificamente economico-imprenditoriale⁵³. Pertanto, se manca la decisione di una associazione di imprese (non potendo il C.N.F. essere considerato tale) e se lo Stato interviene attraverso suoi organi nella omologazione e deliberazione delle proposte, sembra potersi affermare che le tariffe forensi debbano ritenersi sottratte ad ogni tipo di sindacato di tipo concorrenziale⁵⁴. Poiché la regolamentazione di prezzi e

⁵¹ Cui non è riconosciuto neppure il valore formale di "proposta", dovendo essere fatto proprio dal Ministero di Grazia e Giustizia, unico interlocutore formale nelle fasi successive del procedimento.

⁵² Ai sensi dell'art. 57, u.c., R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578.

⁵³ In tal senso, SCASSELLATI SFORZOLINI, *Compatibilità delle tariffe forensi con il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rassegna Forense*, 1999, pp. 757 ss.. Per un diverso orientamento, cfr. MARIANI MARINI, *Il progetto di riforma dell'ordinamento forense*, in *Rassegna Forense*, 1998, pp. 733 ss.. Si veda, inoltre, ANGELETTI, *Relazione, in L'avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d'impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago./Set. 1999, p. 1764. L'Autore attribuisce scarsa rilevanza al fatto che la determinazione del C.N.F. sia espressione di un potere regolamentare che ripete la sua disciplina da leggi speciali (così come sancito da Cassazione civile, Sez. II, 1° luglio 1996 n. 5962, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, p. 932), che la deliberazione del C.N.F. sia approvata con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia, e che il regolamento contenente la tariffa sia suscettibile di ricorso per l'annullamento davanti alla giurisdizione amministrativa.

⁵⁴ Si veda l'orientamento di parte della dottrina già diversi anni fa. In particolar modo, SCARSELLATI SFORZOLINI, *L'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rassegna Forense*, 1994, pp. 193 ss..

tariffe da parte di uno Stato non è di per sé un comportamento vietato, ma costituisce in linea generale una delle misure adottabili al fine di garantire un ordinato sviluppo del mercato, deve ritenersi che tale regolamentazione non risulta in contrasto con la libertà di iniziativa economica, ma costituisca al contrario una limitazione giustificata da fini di interesse generale⁵⁵.

È stato, peraltro, rilevato che la tutela della qualità del servizio dovrebbe essere perseguita con strumenti diversi dalle tariffe minime inderogabili, tant'è vero – si sostiene, appunto⁵⁶ – che, a conforto di questa impostazione, anche oltre oceano la giurisprudenza (si cita, per tutte, la sentenza *Goldfarb v. Virginia State Bar*⁵⁷) si è già pronunciata in modo inequivoco. Il richiamo meriterebbe un'analisi molto più approfondita ed estesa, soprattutto in considerazione del fatto che, se da un lato è vero che la Corte Suprema americana ha stabilito l'illegalità delle "minimum fee schedules", considerate quali ingiustificate limitazioni al libero mercato, dall'altro è altrettanto vero che esiste negli Stati Uniti una vasta normativa, tanto statale quanto federale, che prevede limitazioni (anche di un certo rilievo) in materia di compensi dovuti per l'espletamento di attività legali⁵⁸. Ogni violazione di tali regole dà luogo ad una condotta illecita.

⁵⁵ Sul punto, assume un certo rilievo la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*, in *Racc.*, 1993-5801 ed in *Foro it.*, 1994, IV, p. 458, con cui è stata esaminata una procedura di determinazione tariffaria in tutto analoga a quella che caratterizza le tariffe forensi. La Corte ha concluso che gli esperti membri delle Commissioni tariffarie non possono essere considerati come rappresentanti di organizzazioni professionali, essendo l'intervento del Ministro diretto ad evitare una concorrenza sleale tra i servizi, armonizzando le prestazioni e i prezzi relativi: in tal modo, il potere pubblico non ha delegato le proprie competenze in materia di determinazione delle tariffe ad operatori economici privati, per cui non si può parlare di una decisione presa da un'associazione di imprese.

Si veda, in proposito, NASCIBENE, *Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale*, in *Corriere giuridico*, 1997, pp. 482 ss.; ROBERTI, TIZZANO, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 310-311.

⁵⁶ Vedi MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, in *Rassegna forense*, 1997, 3, p. 762.

⁵⁷ 421 U.S. 773, 787 (1975).

⁵⁸ Tra queste, esistono numerose normative statali contenenti esplicite limitazioni dei compensi dovuti al legale in materia di controversie relative a compensi di lavoro. Inoltre, un certo numero di stati ha predisposto limiti sulle percentuali che gli avvocati possono pattuire in caso di *contingent fee agreement*; altre norme prevedono co-

Il raffronto con modelli comunemente ritenuti molto diversi dal nostro, come quello statunitense, deve partire dalla considerazione del diverso ruolo che storicamente l'avvocato ha svolto – e svolge – in quel tipo di società e dei principi fondamentali che regolano il rapporto tra avvocato e cliente. Va poi rilevato che, quando si fa riferimento al sistema americano quale esempio di totale liberalizzazione delle tariffe forensi nel nome della libera concorrenza tra professionisti, anche nel sistema statunitense esistono regole dirette a tutelare la parte “*contrattualmente più debole*” attraverso alcune limitazioni al potere degli avvocati di stabilire liberamente il prezzo delle proprie prestazioni. Tuttavia, la fissazione di regole dirette a disciplinare il rapporto avvocato-cliente sotto il profilo del compenso assume, nel sistema statunitense, una connotazione più complessa, un carattere più squisitamente processuale, in una prospettiva che tende – ben al di là della tutela del contraente debole – a creare un raccordo “*tra una corretta definizione del compenso spettante al difensore e l’attuazione di criteri di buona difesa in giudizio*”⁵⁹.

Tra le norme di riferimento, particolare rilevanza deve riconoscersi alla Rule 1.5 (a) delle *Model Rules of Professional Conduct*, secondo cui il “*fee*” che dovrà essere corrisposto al difensore “*shall be reasonable*”. Anche l’*A.B.A. Model Code of Professional Responsibility* prevedeva che l’avvocato non potesse porre a carico del cliente “*more than a reasonable fee*” (EC 2-17), sancendo altresì che una violazione disciplinare potesse individuarsi soltanto quando il legale avesse posto a carico del cliente “*a clearly excessive fee*”: cioè il “*fee*” in ordine al quale un avvocato di ordinaria diligenza possa ritenere in modo sufficientemente certo l’eccessività rispetto al compenso ragionevole (DR 2-106 (A), (B)). Ecco, dunque, il paradosso: mentre negli Stati Uniti si è registrata, nel corso degli ultimi venti anni, una tendenza a creare una disciplina dell’attività legale, ponendo delle regole dirtte a delimitare il potere degli avvocati (per il perseguimento di un modello di giustizia ancora più efficiente), in Italia si tenta di attuare una frettolosa “*deregulation*”, senza minimamente preoccuparsi di recuperare alla professione forense una centralità nell’ambito del processo.

munque un importo massimo che l’applicazione della percentuale non può superare nelle controversie in materia di lesioni.

⁵⁹ A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 36.

Tornando al nostro ordinamento, occorre rammentare che le tariffe forensi non hanno carattere obbligatorio né vincolante, in quanto la primaria fonte di determinazione del compenso dell'avvocato è individuabile nella libera determinazione delle parti; Solo in assenza di tale accordo, e dunque in via del tutto sussidiaria, trovano applicazione le tariffe (art. 2233 c.c.). Quanto al fatto che i minimi tariffari siano inderogabili, va precisato che detti minimi, oltre a poter essere ridotti su conforme parere del Consiglio dell'Ordine, sono fissati ad un livello talmente basso da avere effetti pressoché nulli sulla concorrenza tra professionisti. Ciò lascia fondatamente ritenere che la valutazione di proporzionalità tra l'(eventuale) effetto distorsivo della concorrenza e l'interesse pubblico che si intende salvaguardare non possa che condurre alla conclusione già ipotizzata.

La questione delle tariffe forensi è solo un aspetto del problema; proprio il riferimento all'accordo delle parti quale primaria fonte di disciplina del rapporto (anche economico) tra avvocato e cliente fornisce ulteriori spunti di riflessione sotto il profilo comparatistico. Nel sistema in cui maggiormente si è sviluppata una visione *imprenditoriale* dell'avvocato, tale fenomeno si è potuto verificare soprattutto in ragione di due grandi cambiamenti verso forme più o meno complesse di imprenditorialità: la previsione dei cosiddetti "*contingent fee agreements*" e la possibilità, per gli avvocati, di pubblicizzare i propri servizi legali⁶⁰.

Al contrario di quanto accade in Italia, dove il "*patto di quota lite*" è espressamente vietato dal Codice civile, quale forma di partecipazione ("*champerty*")⁶¹, negli Stati Uniti la possibilità che l'avvocato e il proprio cliente si accordino sulla base di tale "partecipazione" agli utili della causa è ammessa, anche se con qualche riserva. Semplificando al massimo, si può dire che i "*legal fees*" possono essere sostanzialmente di tre tipi: un prezzo fisso ("*fixed charge*"), un compenso ad ore ("*hourly charge*"), ovvero un "*contingent fee*", attraverso la

⁶⁰ In proposito, solo per citare alcuni esempi: ABEL, LEWIS (eds.), *Lawyers and Society: Comparative Theories*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1989; OLSON, *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed The Lawsuit*, Truman Talley Books/Plume, New York, 1992.

⁶¹ In proposito: DE STEFANO, *Patto di quota lite*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXII, p. 521; NOBILE, *Cenni in tema di patto di quota lite e autonomia sindacale*, in *Dir. giur.*, 1984, p. 1021; CARBONE, *Patto di quota lite: eccezionalità ed ambito soggettivo di un divieto*, in *Giur. It.*, 1984, I, 2, p. 677.

cui pattuizione l'avvocato riceve una percentuale (di regola, fissa) sul recuperato e non riceve nulla ove la controversia abbia esito negativo⁶². Proprio sulla base di questa previsione, si ritiene che l'accordo di "contingent fee" permetta a soggetti non abbienti di accedere al servizio giustizia per tutelare i propri interessi.

Si tratta di un atteggiamento marcatamente "entrepreneurial", attraverso il quale si delinea in modo netto una figura professionale decisamente calata in un mercato disciplinato dalle regole della concorrenza. Tutto ciò dovrebbe indurre a riflettere sulla opportunità, a livello europeo, di operare scelte coerenti. Sembra, infatti, davvero poco lungimirante classificare il professionista nel novero delle attività imprenditoriali e, al contempo, privarlo di quelli che per l'impresa sono gli strumenti vitali, svuotando la nuova figura professionale di ogni contenuto. Che senso ha, infatti, da un lato portare avanti l'equazione avvocato (professionista in genere) = imprenditore, e riconsiderare complessivamente la materia delle professioni in una società nella quale mercato e concorrenza dovranno costituire i valori dominanti; e dall'altro negare agli avvocati italiani (ed europei, in genere) la possibilità di utilizzare tutti gli strumenti necessari a perseguire un elevato livello di imprenditorialità?

Più coerente sarebbe, allora, riconoscere che esistono professioni – e quella legale è tra queste – per le quali non è neppure immaginabile un'applicazione indiscriminata delle regole e dei principi del mercato, nella consapevolezza che la logica del profitto – pur costituendo il criterio di base dei soggetti che operano sul mercato – non coincide con l'etica professionale e neppure con la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, poiché la professione forense non è soltanto una delle libere professioni; l'avvocato è un soggetto attivo e determinante della giustizia e del suo funzionamento: porta i valori della libertà individuale in conflitto con altre libertà individuali o con gli interessi dello Stato, e non difende solo un cliente in un rapporto mercantile.

⁶² Da anni si assiste alla stipula di accordi che combinano elementi propri dei modelli-base cui si è fatto cenno. Si è parlato, in simili ipotesi, di "creative fee agreements". Così, ad esempio, un "minimum fee" potrebbe essere previsto all'interno di un diverso "contingency fee agreement". È abbastanza facile notare che, a discapito dell'interesse del cliente, il legale che operi in regime di "contingent fee" trova beneficio nel rendere la risoluzione della controversia più spedita, mentre un avvocato pagato ad ore potrebbe trarre vantaggio dal protrarre la vertenza nel tempo.