

Prof. Avv. Guido Alpa – Presidente del CNF

La disciplina comunitaria e la natura delle norme deontologiche
(tratti dalla Relazione tenuta dal Prof. Alpa, quale Presidente del CNF per la tradizionale cerimonia annuale della seduta inaugurale del Marzo 2005 avanti il Consiglio Nazionale Forense e dall'articolo sul nr. 1 del 2005 di Attualità Forensi: Norme deontologiche e Cassazione a firma del Prof. Alpa)

La disciplina comunitaria delle professioni

L'ampliamento dei mercati e la realizzazione di un mercato comunitario interno libero ed efficiente hanno investito le professioni e quindi anche la professione forense, aprendo problemi di straordinaria complessità, comuni peraltro a tutte le esperienze, come rivela, ad esempio, il dibattito che si trascina nel Regno Unito (per fare riferimento al modello forse più distante dal nostro) da più di venti anni. Le linee che il CNF si è imposto sono quelle di temperare tradizione e modernità, di adeguamento delle regole alle nuove realtà senza tuttavia rinunciare ai valori sopra richiamati e ai connotati essenziali della professione forense come si è venuta modellando in questi anni. Le riforme, infatti, impongono elasticità di vedute e un certo spirito di adattabilità, ma non richiedono – tengo a sottolinearlo – il sacrificio della identità: anzi, proprio la conservazione e la tutela delle identità, nazionali e ordinamentali, sono i canoni a cui si ispira la stessa Unione europea.

È noto che nell'ambito del diritto comunitario la disciplina delle professioni, e in particolare, la disciplina della professione forense, è stata progettata ed attuata sulla base di tre principi cardinali: (i) le professioni liberali – pur espressione del lavoro personale – non sono state concepite come il prodotto di una attività intellettuale, ma piuttosto come un servizio; (ii) pertanto le professioni liberali si sono collegate alla libertà di circolazione dei servizi, ed in questo ambito, sono state disciplinate e garantite nelle forme della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione nell'ambito del mercato europeo; (iii) la realizzazione di un mercato interno privo di barriere e tale da promuovere gli scambi transfrontalieri ha fatto sì che le professioni liberali siano state collocate nell'ambito della disciplina della concorrenza, e, da questo punto di vista, il professionista (e quindi l'avvocato) sia stato assimilato ad un imprenditore, e le associazioni di professionisti (di natura privata o di natura pubblica) siano state assimilate alle associazioni di imprese.

Questa concezione, del tutto opposta a quella che la tradizione di molti ordinamenti giuridici propri degli Stati Membri ha consegnato alla storia, configurando la professione intellettuale come l'espressione di una attività di lavoro indipendente, non solo sta orientando gli organi comunitari ad introdurre regole comuni a tutte le professioni informandole a criteri mercantili, ma sta condizionando la stessa disciplina dei rapporti privati. Il professionista deve perciò assecondare tale orientamento, e il suo rapporto contrattuale con il cliente (ora considerato "consumatore") ne viene profondamente inciso. È questo un fenomeno che rileva non solo dal punto di vista dell'evoluzione del diritto comunitario, ma anche dal punto di vista dell'influsso del diritto co-

munitario sul diritto interno, perché i principi comunitari si riverberano sulle regole dei rapporti tra privati anche se il diritto comunitario non scende – per il momento - a regolare i rapporti contrattuali diretti tra professionista e cliente.

Ma il quadro è più complesso di come appare ad un primo sguardo: nel diritto comunitario le regole sulle libertà fondamentali operano parallelamente alle regole sulla concorrenza. E se dovessero esser queste a prevalere, la natura del rapporto professionista-cliente ne verrebbe ineluttabilmente incisa. Già ora si possono intravedere le prime avvisaglie di questo fenomeno.

Di più. Se si prende in considerazione – tra le varie professioni - la professione forense (o più in generale le professioni legali) , le sue peculiarità finirebbero per essere stemperate, per non dire eliminate, da una disciplina che non operasse distinzioni tra le diverse professioni e da scopi normativi diretti non solo alla garanzia della libertà dell'esercizio della professione ma – aspetto altrettanto preoccupante – diretti a promuovere la concorrenza intesa come eliminazione delle barriere, cioè (nella concezione degli organi comunitari) delle normative introdotte dagli ordinamenti nazionali.

Che questa concezione sia errata, già dal punto di vista comunitario, è agevole intendere: la concorrenza tra professionisti non è garantita dall'assenza di regole, ma è garantita se tutti i professionisti sono assoggettati a regole deontologiche severe ed efficaci, sì che si possa fornire ai clienti una prestazione effettuata con diligenza e competenza, con correttezza e indipendenza.

Tuttavia il rischio che le professioni – e in particolare la professione forense – siano assoggettate ad un processo di mercificazione è alto.

Ebbene, le professioni – e la professione forense in particolare – possono essere riguardate sotto una triplice angolazione: come modo di esplicazione della personalità

dell'individuo; come modo di partecipazione alla vita sociale; come modo di partecipazione alla vita economica. In tutti i casi non sono equiparabili alla semplice attività d'impresa, perché, per loro natura, implicano sì l'assunzione di un rischio, ma in connessione con una adeguata formazione professionale, con un controllo di competenza (o se si vuole di qualità), con la salvaguardia della dignità.

L'attività forense – destinata a tutelare non solo gli interessi economici dei clienti, ma soprattutto i loro diritti fondamentali – anche in questo contesto acquisisce una posizione eminente, a maggior ragione riconoscibile dalla enunciazione solenne dei diritti anteposti alle quattro libertà e ai principi della concorrenza.

Nella concezione formalista delle regole comunitarie i diritti della persona – nel nostro caso, i diritti dell'esercente una attività professionale – sono quindi anteposti alle esigenze del mercato. Ed il mercato, che non può sopravvivere senza regole, dovrà essere governato da principi che non dileggino, ma salvaguardino la dignità professionale.

Per queste ragioni, in collaborazione con il CCBE e con gli Ordini nazionali dei maggiori Paesi dell'Unione, abbiamo rappresentato al Parlamento europeo la necessità di rinviare l'approvazione della proposta di una direttiva generale sui servizi, o quanto meno, l'esclusione della professione forense dall'ambito della sua disciplina, dal momento che proprio alla professione forense sono dedicate due direttive concernenti la libertà di esercizio e di stabilimento e il riconoscimento delle qualifiche professionali. E abbiamo elevato la nostra protesta contro l'approvazione della terza direttiva sulla disciplina dell'antiriciclaggio, che farebbe venir meno gli avvocati al principio del segreto professionale, della rapporto di fiducia con il cliente, e alla libertà di esercizio professionale, trasformando gli avvocati in pubblici funzionari nonché delatori.

Ciò non significa, ovviamente, che gli avvocati italiani non condividano gli obiettivi di lotta e contrasto a tutti i fenomeni criminali, ivi compreso il riciclaggio dei proventi da attività illecite. Il CNF ha infatti validamente collaborato con il Ministero dell'economia per elaborare le norme di attuazione del decreto legislativo n. 56/2004, che recepiscono la seconda direttiva antiriciclaggio, e pongono nuovi obblighi in capo agli avvocati e ad altri professionisti. Tali compiti non restano lontani dalla sensibilità culturale e morale degli avvocati: è proprio nella stessa conformazione della nostra professione che troviamo le risorse culturali necessarie per gestire i nuovi difficili compiti. E' nella doppia fedeltà, al cliente e alla legge, che si snoda infatti il tratto più caratteristico della posizione sociale dell'avvocato, un professionista che opera sul mercato quale operatore privato, ma che conserva quasi geneticamente una coscienza dell'interesse all'affermazione della giustizia, in quanto accede alla professione solo dopo un esame di Stato, è soggetto ad una responsabilità specifica, quella disciplinare, che si aggiunge alle altre responsabilità giuridiche previste dall'ordinamento. Un operatore privato sì, ma fedele non solo al cliente, ma anche alla legge e alla giustizia, e che afferisce ad un ente, l'Ordine, che non a caso è ente pubblico ed è collocato nei Palazzi di giustizia di tutta Italia.

In un congresso tenutosi a Berlino nel novembre scorso si è anche discusso della consulenza legale, e della opportunità di introdurre a livello comunitario la disciplina della riserva a coloro che, fornendo prestazioni di contenuto giuridico, assumono responsabilità non solo connesse alla competenza, ma anche ai nuovi ruoli imposti da esigenze di tutela dell'ordine pubblico e di moralità dei mercati. Proprio in considerazione di ciò, la recente legge portoghese con cui si è data attuazione alla seconda direttiva sull'antiriciclaggio ha introdotto la riserva della consulenza legale agli avvocati, senza perciò contrastare il processo di

liberalizzazione dei mercati e la disciplina della concorrenza, perché chi è fatto responsabile delle operazioni "sospette" in quanto iscritto ad un albo professionale non può essere discriminato rispetto a quanti, essendo legittimati a svolgere liberamente la consulenza, non sono assoggettati ai medesimi doveri e alle medesime sanzioni, anche di natura penale.

La natura delle norme deontologiche

Secondo l'orientamento più recente della Suprema Corte nell'ambito della espressione "violazione di legge" di cui al c.7 dell'innovato disposto dell'art. III Cost., deve essere ricompresa anche la "violazione delle norme di codici deontologici degli ordini professionali trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valide per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto soggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare" (Cass. SS.UU. nr. 5576 del 2004, cit.). Le argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte per pervenire a detto risultato sono molteplici. Si è ritenuto, per un verso, che le norme deontologiche discendono dall'autonomia degli Ordini (Cass. SS.UU., 12.3.2004, nr. 5164). A cui la legge demanda un potere disciplinare che è insindacabile dal giudice, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge (Cass. SS.UU. 11.3.2002, nr. 3529); per altro verso, si è affermato che il controllo perviene alla ragionevolezza della decisione, che altrimenti sfugge alla cognizione del giudice (Cass. SS.UU. 10.12.2001, nr. 15601). Non è pertanto possibile sindacare la sufficienza o la congruità della motivazione (Cass. SS.UU. 10.12.2001, nr. 15600). Solo nel caso di decisione non sostenuta da alcuna "ratio" o di motivazione apparente, priva di ogni intrinseco fondamento, si giustifica il sindacato del giudice (Cass. SS.UU., nr. 15660 del 2001, cit.). Altre pronunce hanno invece considerato le regole recepite nel codice forense come principi di natura consuetudinaria

(Cass. SS.UU., 26.2.1999, nr. 103). Ed altre ancora hanno qualificato le norme deontologiche (nel caso, previste al codice applicato ai medici) come "precetti extragiuridici", regole interne alla categoria e non atti normativi (Cass. SS.UUU., 10.2.2003, nr. 1951, che riprende il dictum espresso nella sentenza nr. 3239 del 1993). Diverse sono dunque le ragioni che fondano il valore delle regole deontologiche.

Nella rassegna delle argomentazioni, si possono elencare:

(i) l'argomentazione formale, che si affida alla legge professionale, in particolare agli artt. 54 r 56, che statuiscono il potere giurisdizionale del CNF;

(ii) l'argomentazione formale che richiama il precetto generale concernente l'esercizio della professione forense, la quale deve conformarsi a dignità e decoro (art. 12 l.p. cit.); in tal caso le decisioni degli Ordini e del CNF non fanno che specificare l'illecito disciplinare riportandolo a fatti e comportamenti che contravvengono la clausola generale;

(iii) l'argomentazione ermeneutica che equipara le regole come previste nei codici a "principi generali";

(iv) l'argomentazione ermeneutica che individua nelle regole norme consuetudinarie;

(v) l'argomentazione inerente al diritto privato di autodisciplina degli Ordini (e del CNF) in base alla quale gli iscritti alla categoria debbono osservare le regole che la categoria si è data nell'ambito del proprio potere regolamentare (c.d. regolamenti privati).

Tuttavia:

- le argomentazioni sub (i) e (ii) potrebbero essere superate dalla modificazione legislativa delle disposizioni invocate;

- l'argomentazione sub (iii) potrebbe essere superata dal disconoscimento del principio generale;

- l'argomentazione sub (iv) potrebbe essere superata dal disconoscimento della norma consuetudinaria;

- l'argomentazione sub (v) potrebbe essere superata da una legge che limitasse l'autonomia privata degli ordini professionali.

In più:

- l'argomentazione sub (iii) cristallizza le norme in quanto desunte per via logico-induttiva dalle disposizioni che fondano i principi generali;

- l'argomentazione sub (iv) cristallizza le norme impedendo la modificazione dei codici che non si limitassero a recepire la consuetudine, ma la innovassero.

Il discorso conduce dunque ad individuare il fondamento del potere disciplinare. A questo riguardo si è puntualmente precisato che esso non è extra-giuridico, ma tutt'al più extra-legislativo (D'Angelo, *La deontologia dell'avvocato, ne Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, a cura di P. Zatti, Padova, 1996, p. 123), e conferito agli Ordini in ragione della tutela degli interessi del cliente. In altri termini, riconoscimento tra le fonti del diritto anche le regole che autonomamente si danno le categorie professionali, il compito dell'organo disciplinare consiste nell'applicazione del precetto legislativo formulato in una clausola generale ("dignità e decoro") tipizzando il comportamento ritenuto illecito e sussumendolo nella clausola. E più di recente si è sostenuto che occorre distinguere il fondamento del potere disciplinare che trova riferimento in una disposizione di legge, dalla sua applicazione pratica a singole fattispecie, che invece è il risultato di un procedimento ermeneutico (Perfetti, *Le fonti della deontologia professionale. Il rapporto tra le norme dell'ordinamento professionale e quelle del codice deontologico*, in corso di pubbl. su *La nuova giur. civ. comm.*, 2005).

Le argomentazioni inerenti la natura delle norme deontologiche si possono allora circoscrivere a tre diverse alternative:

la loro posizione in conformità al dettato legislativo, il che presuppone che la legge intesa in senso formale attribuisca all'organo disciplinare il compito di dettare regole deontologiche; e, se si vuole ampliare l'enunciato, in conformità a principii generai desumibili dal dettato legislativo; la loro posizione in conformità a regole di comportamento osservate in via consuetudinaria; la loro posizione in virtù dell'autonomia privata di categoria.

Se queste premesse sono corrette, occorre inserire nel discorso una valutazione che inerisce alla specificità del codice deontologico considerato: ad es.:, appartenne alla prima categoria il codice dei notai, la cui legge professionale esplicitamente prevede il potere di dettare regole deontologiche; appartiene alla terza categoria il codice di autodisciplina pubblicitaria ed i codici che altre categorie si sono dati (come Anasf e Assoreti); mentre alla categoria forense si applicano regole che la legge genericamente riassume in una clausola generale e quindi sono desunte indirettamente da questa (Pefetti, op. cit.).

Con riguardo all categoria forense si potrebbe riprendere un principio che si rifà alle regole consuetudinarie. In questo caso, la consuetudine appare doppiamente legittimante: del potere normativo degli Ordini (e del CNF), in quanto esercitato dai primi fin dal 1874 e dal secondo dalla data della sua istituzione, nel 1926; dei singoli precetti enucleati e raccolti nel codice, in quanto osservati e fatti osservare. In questo senso, il CNF avrebbe potere modificativo del codice in quanto recepisce doveri deontologici di volta in volta emergenti dalla realtà sociale.

La deontologia forense, come sopra si è sinteticamente riportato, obbedisce, in ambito europeo, a principii uniformi, slave le differenziazioni legate alla cultura e alle tradizioni delle singole esperienze. La "europeizzazione" delle regole deontologiche, promossa dal CCBE, amplia la prospettiva fin qui coltivata: le garanzie riconosciute in capo all'Avvocatura superiamo i confini nazionali, e diventano dunque

oggetto di una fonte superiore all'ordinamento nazionale, derivante dal diritto comunitario.

Le regole deontologiche debbono essere conformi al diritto comunitario, non possono costituire barriere nell'esercizio dell'attività professionale, ma al tempo stesso costituiscono un fattore di qualità della prestazione professionale.

Occorre ancora rammentare che la giurisdizione esclusiva del CNF – anteriore alla normativa costituzionale – non è stata posta in dubbio dalla giurisprudenza costituzionale.

E' ovvio che questo discorso è circoscritto alla categoria forense, e alle funzioni dell'avvocato, che sono correlate al diritto di difesa, riconosciuto non solo dalla Carte costituzionale ma anche dalla Carte di Nizza incorporata nelle Costituzione europea. Di qui dunque due considerazioni consequenziali: il codice deontologico forense non può essere abrogato da norme (anche primarie) del legislatore nazionale, in quanto esse afferisce alla normativa (se si vuole consuetudinaria) di fonte europea; né può essere "approvato" o sindacato da approvazioni ministeriali, dal momento che l'atto amministrativo di riconoscimento deriverebbe da fonte inferiore a quella su cui si fonda il codice, e non potrebbe che essere ricognitivo delle norme in esso contenute.