

Sulla *vexata quaestio* delle tariffe professionali forensi

DI ALDO BERLINGUER

1. Premessa

Torna a far discutere il «problema» delle tariffe professionali, nota e *vexata quaestio* che i recenti tentativi di riforma della professione forense hanno riesumato, riproponendo il quadro normativo previgente alle c.d. «liberalizzazioni Bersani» e tentando così di ristabilire una linea di continuità con il passato che proprio il governo Prodi aveva voluto recidere.

Il dato è ormai ciclico: ogni volta che l'ordinamento comunitario, la globalizzazione economica o, più raramente, formanti del diritto interno tentano di riformare qualche aspetto dell'intelaiatura regolamentare della

professione forense, quest'ultima reagisce innescando processi conservativi. E ciò è avvenuto in vari ambiti, in punto di incompatibilità del lavoro dipendente part-time, sul versante delle società professionali, su quello, appunto, dei compensi dell'avvocato¹.

Insomma, sembra che ogni tentativo di riforma che non interessi la professione nel suo complesso ma singoli aspetti di essa sia destinato a naufragare, scontrandosi con un «modello» di ordinamento professionale che non pare suscettibile di emendamenti parziali ma richiede, non da oggi, un'ampia, coraggiosa rivisitazione.

¹ Specificamente su talune delle vicende citate, v. di recente A. Berlinguer, *Avvocati: senza un intervento sull'accesso la specializzazione resta una soluzione parziale*, in «Guida al diritto», 16 ottobre 2010, n. 41, pp. 12 ss.; id., *Con gli avvocati dipendenti pubblici part time ritorna la questione del conflitto di interesse*, ivi, 1 gennaio 2010, n. 1, pp. 9 ss.; id., *La pervicace tentazione di provare a istituire riserve legali*, ivi, aprile 2009, n. 4, pp. 14 ss.; id., *Formazione permanente e collaborazioni integrate: tra le ricette Antitrust per il rilancio del mercato*, ivi, 4 aprile 2009, n. 14, pp. 10 ss.; id., *Nella regolamentazione delle professioni spazio a interventi di sostegno per i giovani*. *Intervista*, ivi, 21 febbraio 2009, n. 8, p. 70; id., *Il punto (e la linea) su professioni legali e diritto comunitario*, in «Contratto e impresa/Europa», 2007, p. 934.

2. Uno sguardo al passato

Tale modello costituisce il portato di una lunga evoluzione delle arti liberali, delle professioni, degli ordini professionali che si coniuga con quella dei rapporti tra classi, saperi e Stato e che dall'antico regime conduce sino all'Ottocento, attraverso la Rivoluzione francese. Così la *summa divisio* tra arti liberali, fondate sulla scrittura e sull'apprendimento accademico, ed arti meccaniche o mestieri, che si affidavano al tirocinio pratico, si giustifica storicamente in base ad una segmentazione del sistema sociale, per ordini o ceti, previsto dalla legge, oltre che dal censo. Ed il sistema di certificazione delle abilitazioni professionali, iniziato con la legittimazione che l'impero ed il papato attribuivano ai gradi conferiti dalle Università, segue anch'esso quest'evoluzione, dapprima nell'ambito circoscritto delle unità di autogoverno feudale, che imponevano anche vincoli di abilitazione di ordine pratico, venale, basati sul censo; poi in aree territoriali sempre più vaste, con il crescere degli Stati feudali premoderni². Solo però immediata-

mente dopo la Rivoluzione francese, una volta sopprese le corporazioni e i Collegi, caduta la distinzione tra professioni nobili e borghesi, e liberalizzati i titoli legali e di abilitazione professionale, si avrà un'effettiva *professionalizzazione*³ fondata su condizioni di eguaglianza nell'accesso alle professioni e su un regime di (parziale) *free field*⁴. Più tardi, con la nascita dello Stato ottocentesco, il monopolio dei saperi specialistici verrà attribuito all'Università, l'accesso alle professioni stilizzato in percorsi formativi e abilitativi certificati dalla pubblica autorità e tutto il governo delle categorie professionali delegato ai relativi enti collettivi⁵.

Oggi, i connotati del modello di gius-professionista in Italia riflettono a pieno questa evoluzione: si tratta anzitutto di un modello fortemente regolamentato, con un intreccio formidabile di disposizioni codicistiche, sostanziali e processuali, leggi speciali ed altre fonti di rango secondario, ascrivibili in buona parte agli organi di categoria. È un modello che si ispira ad una cessione di sovranità, dall'ordinamento verso gli

² Interessante la ricostruzione storica di E. Brambilla, *Dalle arti liberali alle professioni*, in M. Malatesta (a cura di), *Corpi e professioni tra passato e futuro*, in «Quaderni della rassegna forense», Milano, 2002, n. 7, pp. 58 ss.; M. Santoro, *Professioni, Stato, modernità. Storia e teoria sociale*, in «Annali di storia moderna e contemporanea», 1997, 3, pp. 383-421.

³ Diversa la tendenza alla *professionalizzazione* elaborata in seno alle colonie americane e i primi Stati Uniti «[...] dove la situazione di partenza era [...] il *free field* assoluto, ossia l'esercizio empirico, senza requisiti legali né di studio né di titoli, e senza sanzioni né a posteriori, contro la *malpractice* [...], né tantomeno a priori, contro l'esercizio abusivo senza titoli» (E. Brambilla, *op. ult. cit.*, p. 77; v. anche A.H. Chroust, *The Rise of the Legal Profession in America*, Norman, 1965, I-II; R. Pound, *The Lawyer, from Antiquity to Modern Times*, St. Paul, 1953).

⁴ M. Ramsey, *Medicina e politica di monopolio professionale nel XIX secolo*, in «Quaderni storici», 1981, pp. 959-1011.

⁵ E.A. Krause, *Death of the Guilds: Professions, States, and the Advance of Capitalism, 1930 to the Present*, New Haven, Yale University Press, 1996, *passim*.

ordini professionali, dotati di poteri rilevantissimi, di carattere amministrativo, deontologico-disciplinare, fiscale, previdenziale; nel caso del Consiglio nazionale forense, anche giurisdizionale, essendo esso giudice speciale, istituito prima del 1948. È un modello che si impernia sull'assegnazione riservata delle competenze ai professionisti mediante tutta una serie di meccanismi istituzionali tendenzialmente convergenti. Così per la tipizzazione dei percorsi formativi, che sfocia nel valore legale del titolo accademico, per le modalità di accesso alla professione, in buona parte delegate agli stessi ordini, per la configurazione di prestazioni riservate, corredate di divieti e sanzioni per i contravventori; così anche per tutti quegli aspetti di carattere privatistico che, seppur apparentemente lasciati all'autonomia privata, sono invece strettamente regolamentati: la prestazione riservata rende necessaria la qualificazione professionale di una delle parti del contratto d'opera intellettuale, sorge l'obbligo dell'esecuzione personale della prestazione, emergono vincoli alla pubblicità professionale, divieti all'esercizio aggregato della professione, una franchigia per la responsabilità professionale, limiti all'esercizio del recesso e, va da sé, anche

vincoli e modalità predeterminate di corresponsione dei compensi.

Quest'ultimo dato, che quindi appare integrato – quasi incastonato – in un modello professionale ben più ampio e omogeneo, sin dal 1865 costringe l'interprete a coniugare il compenso del professionista forense con le tariffe professionali, le quali sono state oggetto di varia normazione, primaria e secondaria, sin dal R.D. 23 dicembre 1865, n. 2700, legge che, fuori dai codici, sostanziale e di rito, affidava già allora al Ministro della Giustizia l'onere di adottare, con apposito D.M., la tariffa professionale⁶.

3. Il Codice civile del 1942 e l'art. 2233, comma 1 c.c.

Con il Codice del 1942, il sistema dei compensi professionali viene consolidandosi in virtù di talune, significative acquisizioni concettuali.

La prima è la scelta del contratto come fonte delle obbligazioni professionali⁷, superando così talune opinioni dottrinali che avevano preferito collocare questa materia nell'ambito della responsabilità aquiliana⁸.

Si scelse poi, tra i contratti, quello d'opera intellettuale come *species* circoscritta rispetto alla più ampia figura del contratto d'opera (dalla *locatio operis* del c.c. 1865), anche

⁶ Si sono poi succedute da allora, sino al Codice del 1942, almeno le seguenti fonti: L. 7 luglio 1901, n. 283; R.D.L. 27 ottobre 1918, n. 1774; L. 13 giugno 1942, n. 794; L. 13 giugno 1942, n. 794. Ancora in seguito vanno ricordati la L. 19 dicembre 1949, n. 957, ed i D.M. 28 febbraio 1958, 25 maggio 1973, 22 giugno 1982, 5 ottobre 1994, n. 585, sino all'ultimo D.M. 8 aprile 2004, in «Gu», 18 maggio 2004, s.o.

⁷ R. Favale, *La responsabilità del professionista forense*, Padova, 2002, p. 57; C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, *passim*.

⁸ C.F. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1905, I, pp. 289 ss.

qui, superando sia le tesi discordanti, del mandato corrispettivo⁹, sia quelle che attribuivano a questo rapporto una veste atipica¹⁰.

Infine, si decise che dovesse trattarsi di un contratto oneroso, ponendo così definitivamente fine alla tradizionale impostazione (già in buona parte superata) che considerava la prestazione del professionista intellettuale come un *facere* gratuito e incoercibile cui, al massimo, poteva fare seguito un atto di liberalità¹¹.

Ma come già detto, si trattava di dipanare alcuni nodi concettuali piuttosto che di aprire la via, nel settore delle professioni protette, ad una rinnovata e più ampia autonomia contrattuale.

Infatti, nell'ambito delle prestazioni a carattere intellettuale, i criteri per la determinazione del compenso vengono scanditi all'art. 2233, comma 1 c.c., secondo il quale solo ove manchi l'accordo tra le parti il compenso

viene individuato, nell'ordine: dalle tariffe, gli usi, ovvero l'autorità giudiziaria col parere della competente associazione professionale, sancendo così il primato dell'autonomia privata e relegando a rango di fonti suppletive gli altri criteri appena indicati. L'art. 2233 c.c. si incarica quindi di porre una gerarchia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso, la quale viene recepita, almeno in linea formale, dalla giurisprudenza¹². Ed anche il riferimento al «decoro della professione» di cui al secondo comma della stessa norma «[...] non interferisce sull'autonomia contrattuale delle parti, per cui qualora queste abbiano fissato la misura del compenso, viene meno il potere del giudice di modificarne l'ammontare in relazione ai menzionati criteri»¹³. Ancora, la stessa affermazione comporta che in quest'ambito, «[...] le limitazioni al potere di autonomia delle parti e la prevalenza della liquidazione in base

⁹ Funaioli, *Irresponsabilità e colpa professionale dei medici*, in «Riv. Dir. Comm.», 1941, II, p. 304. V. anche M. Comperti, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, in AA.VV., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, p. 352.

¹⁰ Pacifici, Mazzoni, Venzi, *Il codice civile italiano commentato*, in *Trattato delle locazioni*, Torino, 1928, vol. IV, p. 473.

¹¹ L'assunto risale all'impostazione condivisa nel mondo antico. G. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, pp. 211 ss. Già prima della codificazione del '42, la giurisprudenza aveva abbandonato quest'impostazione presumendo, nel dubbio, l'onerosità del rapporto professionale. Si ricordi, es. Cass., 1 agosto 1942 n. 2358, in «Rep. Foro it.», 1942, voce *Professioni intellettuali*, p. 2.; R. Favale, *La responsabilità*, cit., p. 59.

¹² «[...] In primo luogo, la convenzione che sia intervenuta in proposito tra le parti, poi, in mancanza di convenzione, le tariffe o gli usi, ed infine, ove manchino anche le tariffe e gli usi, la determinazione del giudice, il quale deve sentire il parere dell'associazione professionale, peraltro non vincolante», Cass., 14 dicembre 1983, n. 7374, in «Rass. avv. Stato», 1984, I, p. 1992 e in «Rep. Foro it.», voce *Professioni intellettuali*, p. 76. «[...] salvi i casi di nullità dell'accordo.. o di contestazione del credito per inadempimento imputabile al professionista, il ricorso ai suindicati criteri sussidiari di liquidazione è precluso dall'esistenza della convenzione, quale che sia la difficoltà di interpretazione ed applicazione della medesima, da superare con i mezzi di cui le parti ed il giudice possano disporre», Cass., 11 ottobre 1980, n. 5453, in «Rep. Foro it.», voce *Professioni intellettuali*, p. 63.

¹³ Cass., 18 ottobre 1976, n. 3583, in «Rep. Foro it.», voce *Professioni intellettuali*, p. 32.

a tariffa possono derivare soltanto da leggi formali o da altri atti aventi forza di legge [...]»¹⁴. Dunque, in linea di principio, pieno spazio all'autonomia privata e solo in difetto: tariffe, usi e determinazione del giudice.

Diverso, come sovente accade, il piano empirico, dei fatti concreti. Qui la prospettiva appare subito rovesciata, essendo tutta la materia dei compensi professionali governata da leggi speciali e da regolamenti amministrativi che molto poco spazio lasciano all'autonomia privata. Lo aveva ben stigmatizzato chi ha proposto, in passato, di rivedere subito la gerarchia delle fonti prevista dal Codice, ponendo le tariffe, in quanto dotate di forza inderogabile, al primo posto, solo in seconda battuta le convenzioni tra le parti e, come *extrema ratio*, la determinazione del giudice¹⁵.

4. Segue: l'art. 2253, comma 2 c.c.

Insomma, il Codice del 1942 recepisce un sistema di determina-

zione dei compensi professionali centrato su tariffe che vengono in tutto o in parte demandate agli organi di categoria, fatta salva la formale ratifica dello Stato affidata, a seconda dei casi, a decreti del Presidente della Repubblica¹⁶, decreti ministeriali emanati su proposta degli ordini professionali¹⁷, o su previa deliberazione degli stessi¹⁸. Oppure trattasi di regolamenti interni, regole di autodisciplina, con le quali vengono fissate, con finalità integrative rispetto a determinazioni di rango superiore, indicazioni vincolanti sul piano disciplinare¹⁹. Nel caso degli avvocati, la legge professionale del 1933 (L.P.F.), così come successivamente emendata, prevede che i criteri per la determinazione degli onorari e delle indennità per le prestazioni giudiziali e stragiudiziali vengano stabiliti ogni biennio con deliberazione del Consiglio nazionale forense, la quale deve poi essere approvata con decreto del Ministro della Giustizia²⁰.

¹⁴ «[...] sicché sono illegittime, e vanno disapplicate dal giudice, le disposizioni di un decreto ministeriale che, in mancanza di delega legislativa, prevedano l'inderogabilità mediante contratto dei minimi tariffari», Cass., 30 agosto 1988, n. 4998, in «Giust. civ.», 1988, I, p. 2883.

¹⁵ Così Lega, *Su alcuni criteri per determinare il compenso del professionista*, in «Giur. it.», 1967, I, p. 362; id., *Le libere professioni*, cit., p. 710. Anche Vigoriti, *L'avvocatura in Italia*, cit., pp. 649 ss., 653, notava come «[...] la tariffa assume un valore quasi solo indicativo perché, soprattutto ad un certo livello, il superamento dei massimi è la regola (questa sì, inderogabile), così come lo è, all'estremo opposto, la diminuzione dei minimi. In realtà, gli avvocati sono sostanzialmente liberi di determinare i propri onorari, senza vincoli particolari. E con risultati pratico-economici, fra l'altro, non dissimili da quelli dei loro colleghi europei e statunitensi.

¹⁶ Come nel caso dei consulenti del lavoro.

¹⁷ Come nel caso degli ingegneri, architetti, geometri.

¹⁸ Come nel caso di notai ed avvocati.

¹⁹ Un'analisi dettagliata dei suddetti provvedimenti si trova in Gessa-Tacchi, voce *Tariffe professionali*, in «Enc. giur.», 1993. Più di recente, v. anche Figone, voce *Tariffe professionali*, in «Dig. it.», IV, Sez. civ., 1999, vol. XIX, pp. 278 ss.; S. Cassese (a cura di), *Professioni e ordini professionali*, cit., p. 51.

²⁰ Così: art. 57 L.P.F., l'articolo unico della L. 7 novembre 1957, n. 1051, e l'art. 1 della L. 3 agosto 1949, n. 536.

Muovono in tal senso in particolare l'art. 64 L.P.F.²¹ e l'art. 58, comma 2 L.P.F., il quale affida alle istituzioni di categoria il compito di fissare per ogni atto o serie di atti un minimo ed un massimo. Del compenso degli avvocati si occupa anche la L. 794 del 13 giugno 1942 (così come modificata dalla L. 957 del 19 dicembre 1949), che sancisce l'inderogabilità dei minimi tariffari previsti dal CNF²² e la stessa previsione viene volta per volta ribadita dai decreti ministeriali di fissazione delle tariffe²³, i quali relegano l'autonomia contrattuale del professionista negli interstizi delle indicazioni tariffarie acquisite dalla legge. Tuttavia, è sempre possibile al giudice, nei casi di eccezionale importanza, o in quelli di facile trattazione, derogare a tali indicazioni con decisione motivata²⁴.

In sede di liquidazione degli onorari a carico del soccombente il giudice decide in base alla nota spese presentata dagli avvocati, la quale solitamente si colloca entro i limiti del minimo e del massimo previsti nella

tariffa²⁵. Egli deve tener conto della gravità e del numero delle questioni trattate, oltre che del grado dell'autorità adita «con speciale riguardo all'attività dell'avvocato personalmente svolta davanti al giudice»²⁶.

Ove emerga una manifesta sproporzione tra le prestazioni rese e l'onorario previsto dalle tabelle, i minimi potranno essere diminuiti, a condizione però che la parte interessata esibisca il parere del competente Consiglio dell'ordine (parere non vincolante per il giudice)²⁷. Allo stesso modo, nelle cause di particolare importanza per le questioni giuridiche trattate, il giudice può liquidare, a carico della parte soccombente, gli onorari sino al doppio dei massimi stabiliti, mentre la liquidazione degli onorari a carico del cliente può raggiungere anche il quadruplo dei massimi stabiliti, tenuto conto dei risultati del giudizio e dei vantaggi, anche non patrimoniali, conseguiti dal cliente e previo parere del Consiglio dell'ordine competente²⁸.

²¹ «Gli onorari e gli altri diritti dei procuratori sono determinati dalle norme generali della tariffa e dalla tabella unite al R.D.L. 27 ottobre 1918, n. 1774, e dalle successive modificazioni [...]».

²² L'art. 24 dispone che «gli onorari e i diritti stabiliti per le prestazioni dei procuratori e gli onorari minimi stabiliti per le prestazioni degli avvocati sono inderogabili [...] ogni contraria pattuizione è nulla».

²³ Ad esempio, l'art. 4 del D.M. 5 ottobre 1994, n. 585, cit., prevedeva che «Gli onorari minimi stabiliti per le prestazioni dell'avvocato e gli onorari e diritti stabiliti per le prestazioni del procuratore sono inderogabili». Analoga previsione viene ribadita nel D.M. 8 aprile 2004, in «GU», 18 maggio 2004, s.o., art. 4.

²⁴ Art. 60, comma 5, R.D.L. 1578 del 1933.

²⁵ Art. 60, comma 4, R.D.L. 1578 del 1933.

²⁶ Art. 3, L. 13 giugno 1942, n. 794.

²⁷ Vincola però l'organizzazione professionale avendo il CNF più volte affermato che «È inammissibile il ricorso al CNF avverso il provvedimento di liquidazione degli onorari in quanto la liquidazione delle parcelle è compito riservato ai consigli degli ordini ai sensi dell'art. 14 della legge professionale, ed è esclusa la possibilità di un sindacato di legittimità ovvero di controllo di merito da parte del Consiglio nazionale forense», CNF, 27 gennaio 1999, n. 5 e 26 marzo 1999, n. 24, in «Rass. Forense», 1999, n. 3, p. 632.

²⁸ Art. 5, commi 2 e 3, D.M. 18 maggio 2004.

Insomma, la misura dei compensi professionali trova principale determinazione nelle indicazioni tariffarie forensi, cui anche l'onorario a carico del cliente generalmente si uniforma²⁹. Se vi sono oscillazioni, eccezioni o deroghe alle direttive generali, anche queste vengono di solito previste e quantificate dalle leggi professionali.

Il sistema è chiuso ed autoreferenziale. Non è ammesso il ricorso a nessun tipo di analogia se non all'interno della stessa tariffa professionale; per cui, anche in assenza di una previsione specifica sul compenso, non è possibile ricorrere a tariffe fissate da altri organi professionali, ma solo a quelle previste per prestazioni simili³⁰.

Unica deroga: la parziale o totale rinuncia all'onorario che il professionista effettua per i motivi più vari [...]

che possono consistere nell'*affectio* e nella *benevolentia*, come in considerazioni d'ordine sociale o di convenienza, anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio³¹, sempre che tali cause non costituiscano strumento per violare una norma imperativa. Lo sancisce, da subito, la giurisprudenza con l'avallo della dottrina, la quale ha sostenuto che l'inderogabilità dei minimi può impedire solo le rinunce preventive al compenso. A prestazione avvenuta, dovrebbe valere il principio per cui ciascuno è libero di rinunciare anche parzialmente al proprio credito, non essendo possibile imporre coattivamente l'esercizio di un proprio diritto³².

L'inderogabilità dei minimi diviene quindi la regola anche per le prestazioni stragiudiziali³³, anche nel caso di compensi forfettariamente stabiliti³⁴.

²⁹ Art. 61, comma 1, R.D.L. 1578 del 1933.

³⁰ Cass., 23 ottobre 1997, n. 10415, in «Foro it. Mass.», 1997.

³¹ Sul punto, v. già Cass., 6 luglio 1976, n. 2507 in «Rep. Foro it.», voce *Professioni intellettuali*, p. 30; Cass., 10 maggio 1980, n. 3086, in «Giust. civ.», 1980, II, p. 2732; Cass., 22 luglio 1967, n. 1923, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, p. 33. Da ultimo, la suprema Corte ha ribadito nuovamente che [...] la retribuzione costituisce un diritto patrimoniale disponibile e la convenienza relativa può concretarsi, sul piano sostanziale, anche in un accordo transattivo, in quanto tale, pienamente lecito, rientrando esso nella libera autonomia dispositiva delle parti contraenti, alle quali è soltanto inibito di infrangere il divieto legale sancito dal citato art. 24, e cioè quello di predeterminare consensualmente l'ammontare dei compensi professionali in misura inferiore ai minimi tariffari (Cass., n. 7144/1998). In buona sostanza, basta quindi che il professionista, nell'accordare al proprio cliente un trattamento «di favore», con un compenso inferiore al minimo tariffario, si ricordi di fare espressa rinuncia ad una parte della retribuzione dovuta. Così, Cass., 27 settembre 2010, n. 20269.

³² C. Lega, *Incarico professionale, mandato ad litem e rinuncia al compenso*, in «Temi», 1968, p. 162.

³³ Cfr. Cass., 7 febbraio 1987, n. 1259, in «Foro it.», 1987, I, p. 2164; in «Giur. it.», 1987, I, 1, p. 1601; in *Arch. civ.*, 1987, p. 631; Cass., 22 febbraio 1988, n. 1851, in «Arch. civ.», 1988, p. 683. Da ultimo, v. Cass., 27 settembre 2010, n. 269, cit.

³⁴ Cass., 22 novembre 1971, n. 3377, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, p. 165. In un caso, in particolare, si è detto che «è nulla, perché contraria al principio dell'inderogabilità dei minimi di tariffa, in *Arch. civ.*, 1987, p. 631; Cass., 22 febbraio 1988, n. 1851, in «Arch. civ.», 1988, p. 683. Da ultimo, v. Cass., 27 settembre 2010, n. 269, cit.

³⁴ Cass., 22 novembre 1971, n. 3377, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, p. 165. In un caso, in particolare, si è detto che «è nulla, perché contraria al principio dell'inderogabilità dei minimi di tariffa, ma anche ogni diversa convenzione che conduca in qualsiasi altro modo alla violazione di predetti minimi», Cass., 28 aprile 1988, n. 3221, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, p. 74. In punto di onorari a *forfait*, v. ancora Lega, *Le libere professioni*, cit., p. 711.

Gli onorari massimi vengono invece ritenuti liberamente derogabili anche se, in assenza di una convenzione in tal senso, occorre il parere del Consiglio dell'ordine competente³⁵.

Il tutto, in base ad una lettura ampia ed estensiva dell'art. 2233, il quale, al suo secondo comma, tutt'oggi stabilisce che il compenso del professionista intellettuale deve essere adeguato «all'importanza dell'opera e al decoro della professione»³⁶. Per le professioni protette (ed evidentemente solo per loro), detti valori, assolutamente centrali e irrinunciabili, imporrebbero quindi di invertire la gerarchia dei criteri previsti al primo comma della stessa norma assegnando primazia alle tariffe professionali³⁷. E per questo la previsione di legge si è arricchita di ulteriori, ampie specificazioni, specie agli artt. 43 e 45 del Codice deontologico forense, i quali hanno sensibilmente rafforzato la soglia di

inderogabilità prevista dalla legge estendendola, ad esempio, al caso in cui la prestazione sia continuativa³⁸.

Non ha invece persuaso, sin da subito, il richiamo invocato dagli organi forensi all'art. 36 della Costituzione sulla giusta retribuzione del lavoratore sia perché detta norma ha subito un'interpretazione orientata più verso il lavoro subordinato che quello autonomo³⁹; sia poiché la finalità di contenere la concorrenza tra i professionisti e garantire loro dignità, prestigio professionale ed indipendenza economica, perseguita dal vertice istituzionale della professione forense (il CNF), «[...] sicuramente trascende l'interesse delle parti del rapporto d'opera professionale, essendo essa riferibile all'interesse della categoria professionale, ma altrettanto sicuramente non può considerarsi riferita a un interesse generale, cioè dell'intera collettività»⁴⁰.

³⁵ Anche in epoca successiva alla costituzione del rapporto. Cfr: Cass., 22 febbraio 1996, n. 1365.

³⁶ Pezzano, voce *Onorario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 182.

³⁷ «allo scopo di riaffermare la dignità e il decoro della professione lo schema di legge sancisce, in armonia coi principi generali del diritto del lavoro, l'inderogabilità, altresì, del minimo degli onorari di avvocato [...]». C. Ruperto, *Gli onorari di avvocato e procuratore*, Milano, 1995.

³⁸ «È consentito all'avvocato concordare onorari forfetari in caso di prestazioni continuative di consulenza ed assistenza, purché siano proporzionali al prevedibile impegno e non violino i minimi inderogabili di legge», art. 43, Codice deontologico forense. Così anche, e da ultimo, Cass., 20269/2010, cit., la quale ritiene che «[...] il principio dell'inderogabilità delle relative tariffe minime non era suscettibile di soffrire eccezioni in considerazione della natura semplice o ripetitiva di alcuni affari, poiché la cosiddetta standardizzazione delle pratiche, così come il carattere "routinario" delle medesime, avrebbero potuto, se mai, incidere sulla determinazione dei compensi tra minimo e massimo delle tariffe».

³⁹ Cfr. C. Cost., 26 maggio 1981, n. 76, in «Giur. Cost.», 1981, I, p. 708; Cass., 26 luglio 1990, n. 7543, in «Mass. Foro it.», 1990; Cass., 26 luglio 1990, n. 7543, cit.; Cass., 8 luglio 1960, n. 1827, in *Giur. it.*, 1960, I, p. 1092, con nota di Lega. Il dibattito che si è registrato negli anni passati sul punto, è ampiamente riportato dallo stesso Autore in, *Le libere professioni nelle leggi...*, cit., p. 685 ss. V. anche L. Carbone, *La nuova tariffa forense in materia civile, penale, stragiudiziale*, Rimini, 1991, p. 105.

⁴⁰ Così Cass., 16 gennaio 1986, n. 224 in «Foro it.», 1986, I, 1575; Cass., 13 gennaio 1983, n. 260, in *Prev. soc.*, 1983, 336; Cass., 12 novembre 1982, n. 6034, in «Rep. Foro it.», voce *Professioni intellettuali*, p. 87.

5. Segue: Part. 2233, comma 3 c.c. e il divieto di patto di quota lite

Consentaneo all'impostazione appena illustrata era anche il divieto del patto di quota lite, per il quale gli avvocati «non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni» (previgente art. 2233, 3 c., c.c.).

La formula adottata dal legislatore del '42 coincide, nella sostanza, con quella del vecchio Codice, che all'art. 1458 considerava proibito tra avvocati e clienti qualsiasi patto o contratto «sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio»; e anche tale disposizione discendeva da una tradizione normativa ben consolidata all'interno di legislazioni anteriori che in alcuni casi consideravano il patto addirittura come reato⁴¹. Parallelamente, il Codice deon-

tologico forense ribadiva il divieto all'art. 45⁴².

Le ragioni del divieto sono note: intrinseca immoralità del patto, mercificazione dell'attività forense, *vulnus* all'indipendenza del professionista, rischi di approfittamento a scapito del cliente, aumento della litigiosità⁴³.

Per ciò, ad esso veniva riconosciuta la massima forza precettiva, la stessa che sanziona l'illiceità della causa del contratto *ex artt.* 1418 e 1343 c.c. Pertanto trattavasi di nullità di pieno diritto a prescindere da un indebito vantaggio per il professionista e con la possibilità di essere fatta valere da ciascuno dei contraenti o d'ufficio *ex art.* 1421 c.c.⁴⁴.

Esso comprendeva anche gli accordi che subordinano il pagamento del compenso ad un particolare esito del processo⁴⁵ e le prestazioni stragiudiziali, «[...]sempre che siano destinati a compenso del difensore gli stessi beni del cliente, formanti oggetto del patrocinio legale»⁴⁶. Doveva però trat-

⁴¹ R. Danovi, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2000, p. 189.

⁴² Si tratta dell'art. 45 del Codice deontologico forense. V. meglio *infra* nel testo.

⁴³ Clerico, *Remunerazione dell'avvocato e mercato legale*, in «Econ. pubbl.», 1991, p. 475, ha tentato di ricostruirle come segue: «l'opposizione alla tariffa contingente [sia] sostanzialmente dovuta a tre ragioni: la possibilità da parte dell'agente di godere di una partecipazione alla somma risarcita può spingere l'avvocato a intraprendere cause che pur avendo buone probabilità di successo presentano una scarsa rilevanza legale; la tariffa contingente può diventare espropriativa ossia prevedere una percentuale eccessiva dato il maggior potere contrattuale dell'avvocato; infine, la tariffa contingente inibisce la possibilità di concordato tra parte lesa ed imputato. I contratti alla tariffa contingente sostengono in definitiva che tale forma di remunerazione dell'agente crea un eccesso di litigiosità che, non trovando preventivamente soluzioni transattive tra le parti, sfocia in cause giudiziarie».

⁴⁴ R. Danovi, *Corso*, cit., p. 191.

⁴⁵ «Il patto di quota lite sussiste anche nel caso in cui il compenso del legale sia stato pattuito non già in una parte dei beni o dei crediti litigiosi, bensì con riferimento alla somma conseguita per il cliente», Cass., 21 luglio 1980, n. 4777, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, pp. 201-203; voce *Mandato*, p. 16; voce *Promesse unilaterali*, p. 2. Cfr. R. Danovi, *op. cit.*, p. 180; Vittoria, *Patto di quota lite*, in «Contratto e impresa», 1989, p. 1101.

⁴⁶ Cass., n. 1286 del 1979, in «Rep. Foro it.», voce *Avvocato*, p. 185; voce *Contratto in genere*, p. 283. *Contra*, v. però Cass., 5 luglio 1951, n. 1771, secondo la quale «Non ricorrono gli estremi

tarsi di convenzioni, non di atti unilaterali, come nel caso di un legato come premio per la riuscita nella causa⁴⁷.

Emblematico anche il rapporto con le tariffe forensi: il patto di quota lite doveva ritenersi invalido solo nel caso in cui il compenso previsto superava l'ammontare previsto in tariffa⁴⁸.

Sul piano soggettivo, restavano vincolati al divieto tutti coloro che esercitano un patrocinio in ambito giudiziale, financo i consulenti tecnici di parte, ma non, ad esempio, i ragionieri che esercitano il patrocinio nelle controversie tributarie. Per essi valeva l'opposto: la liquidazione dei compensi in ragione percentuale del tributo risparmiato⁴⁹.

Merita infine distinguere l'ambito di applicazione dell'art. 2233 c.c. da quello dell'art. 1261 c.c., che riguarda l'ipotesi di cessione di diritti litigiosi sui quali è sorta contestazione davanti all'autorità giudiziaria. Quest'ultimo si riferisce infatti a quei soggetti previsti nella norma (magistrati, funzionari delle cancellerie, ufficiali giudiziari, avvocati, notai, ecc.) indipendentemente dal fatto che essi esercitino il patrocinio sulle relative

controversie. E ciò, anche se la *ratio* di ambo le norme in parte coincide (tant'è che in passato costituivano un unico divieto): fare sì che «[...]taluni soggetti, che in qualche modo potrebbero essere interessati alle sorti di una controversia, rimangano del tutto estranei ad essa, onde assicurare con l'estraneità alla lite l'inesistenza di alcun conflitto di interessi, anche solo potenzialmente configurabile»⁵⁰.

Scontate, infine, le sanzioni disciplinari, assai severe in conformità al previgente art. 45 del Codice deontologico. Detti accordi venivano pertanto censurati anche nel caso in cui essi non fossero poi stati concretamente attuati dalle parti; o anche qualora le stesse, prima della concreta attuazione, avessero provveduto a risolverli per mutuo consenso⁵¹.

6. Le «liberalizzazioni Bersani» e le contromosse dell'Avvocatura

Dieci anni dopo il primo tentativo di liberalizzazione, portato sul versante delle società professionali⁵², il Ministro Pierluigi Bersani torna sull'argomento col noto D.L. 223/2006, poi convertito con L. 248/2006⁵³. Ed anche in questo caso

del patto di quota-lite quando all'avvocato sia stata affidata la trattazione di pratiche stragiudiziali, di carattere burocratico, quale quella di far conseguire all'interessato la restituzione, già disposta con sentenza di assoluzione, di una certa quantità di oro sequestrato ai fini del procedimento penale».

⁴⁷ Cass., 16 aprile 1984, n. 2455, in «Giust. civ.», 1985, I, p. 3183.

⁴⁸ Cass., 3 maggio 1958, n. 1457, in «Foro it.», 1958, I, p. 861.

⁴⁹ Cass., 19 aprile 1983, n. 2709, in «Foro it. Mass.», 1983.

⁵⁰ R. Danovi, *Corso*, cit., p. 191.

⁵¹ Cfr., ad esempio, CNF, 10 dicembre 1998, n. 192, in «Rass. forense», 1999, n. 2, p. 430.

⁵² Con l'art. 24, L. 7 agosto 1997, n. 266, in «GU», 11 agosto 1997, n. 186, p. 3.

⁵³ D.L. 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, convertito con L. 4 agosto 2006, n. 248, cit.

l'innovazione produce effetti assai controversi.

Vengono infatti abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero-professionali e intellettuali:

a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;

b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine;

c) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità⁵⁴.

Restano invece ferme «[...] le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti»⁵⁵, la possibilità di rifarsi alle tariffe nei casi di liquidazione giudiziale delle

spese di giudizio e dei compensi professionali, nei casi di gratuito patrocinio, nelle procedure ad evidenza pubblica, salvo l'obbligo di adeguata motivazione⁵⁶; tolto anche il divieto di patti di quota lite, di cui all'art. 2233, 3 c., c.c. ed inserito, per gli accordi tra avvocati, praticanti abilitati e clienti sui compensi professionali, un nuovo requisito di forma scritta *ad substantiam*⁵⁷.

Infine, la c.d. riforma Bersani ha previsto l'adeguamento di tutte le disposizioni deontologiche, vertenti sugli stessi aspetti, «[...] anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali», entro il termine perentorio dell'1 gennaio 2007, pena la nullità delle disposizioni contrarie, oltre tale data, per violazione di norma imperativa di legge.

Vale la pena di ricordare che la legge di conversione 248/2006, adottata all'esito di un dibattito a dir poco animato, rappresenta, per più ragioni, un passo indietro rispetto all'originario progetto normativo, il quale conteneva un intervento di liberalizzazione ben più risoluto. Il decreto legge, nella versione originaria, non si limitava infatti a sancire l'eliminazione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime, ma procedeva ad un'abrogazione diretta delle previsioni normative e pattizie aventi tale oggetto, il che non lasciava spazio alcuno alle tariffe professionali, nep-

⁵⁴ Id. art. 2, comma 1.

⁵⁵ Id. art. 2, comma 2.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id. art. 2-bis.

pure come parametro indicativo di riferimento. Ciò nondimeno, la reazione degli ordini professionali alle innovazioni (più moderate) apportate dalla riforma non si è fatta attendere.

A distanza di circa un mese dalla L. 248/2006, il CNF adotta una circolare esplicativa (n. 22-C/2006) della riforma Bersani con la quale afferma che taluni comportamenti degli avvocati, pur se adottati in conformità alle disposizioni di legge (e, in particolare, alla legge Bersani), potevano comunque assumere rilevanza deontologica ed essere sanzionati disciplinarmente. In particolare, viene negata la possibilità di utilizzare il c.d. patto di quota lite per derogare ai minimi tariffari e gli ordini territoriali invitati a vigilare sul rispetto della tariffa minima da parte dei propri iscritti. Si sostiene infatti che, sebbene le tariffe minime non fossero più obbligatorie per legge, il comportamento dell'avvocato che richiede un compenso inferiore al minimo tariffario poteva comunque essere sindacato ai sensi dell'art. 5 del Codice deontologico (che impone all'avvocato di «ispirare la propria condotta all'osservanza dei doveri di probità, dignità e decoro») e del citato art. 43, punto II, in quanto «il compenso irrisorio, non adeguato, al di sotto della soglia ritenuta minima, lede la dignità dell'avvocato e si discosta dall'art. 36 Cost.».

Il 14 dicembre 2006 viene anche emendato il Codice deontologico fornendo il quale, all'art. 45, consente all'avvocato di «pattuire con il cliente compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, fermo il divieto dell'art. 1261 c.c. e sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta»; inoltre, l'art. 43, punto II, stabilisce che «l'avvocato non [deve] richiedere compensi manifestamente sproporzionati all'attività svolta».

Occorrerà più di un anno prima che il CNF, con nuova circolare (n. 23-C/2007) dia atto che la precedente circolare (n. 22-C/2006) «risulta superata, né potrebbe vincolare l'applicazione o l'interpretazione del nuovo Codice deontologico». Nel frattempo, viene avviata un'indagine dell'AGCM (IC34, in «Boll.», 2/2007) per verificare il rispetto della riforma Bersani da parte degli ordini professionali e con sentenza n. 443 del 21 dicembre 2007 la Consulta, ribadendo la natura «trasversale» del principio costituzionale della tutela della concorrenza, rileva che i principî sanciti nell'art. 2 della L. 248/2006 costituiscono parametri di riferimento anche per la legislazione regionale ancorché concernente settori economici sottratti alla potestà legislativa statale esclusiva⁵⁸.

Nei numerosi incontri tenutisi presso la sede dell'AGCM, i rappresentanti del CNF sembra volessero anche

⁵⁸ Sull'ampio e dibattuto tema della permeabilità della Carta costituzionale rispetto al principio della libertà di concorrenza v. per tutti, da ultimo, R. Pardolesi, A. Palmieri, *L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, in «Foro it.», 2010, n. 11, parte I, pp. 2913 ss.

recepire la richiesta dei funzionari antitrust di inserire, sia nell'art. 43, punto II, che nell'art. 45, la precisazione: «[...] fermo restando il principio di libera determinazione del compenso». Ma ciò, nei fatti, non è poi accaduto e con nota del 23 giugno 2008, il CNF ha viceversa emendato il solo art. 45 inserendovi la locuzione: «[...] fermo il principio disposto dall'art. 2233 del Codice civile».

7. Le implicazioni sul diritto europeo della concorrenza

Negli ultimi dieci anni sono davvero tanti gli interventi che le istituzioni comunitarie hanno svolto per dipanare il nodo della concorrenza nei servizi professionali. In ciascuno di essi si è riconosciuto che forme di regolamentazione stringente dei servizi professionali possono rivelarsi necessarie in ragione delle asimmetrie informative che caratterizzano i contratti d'opera intellettuale; delle esternalità negative che la presta-

zione del servizio può produrre anche su terzi e, soprattutto, in ragione delle posizioni soggettive su cui i servizi incidono⁵⁹. Tuttavia, proprio in ragione di ciò, «Vi è una tensione potenziale tra, da un lato, la necessità di un certo livello di regolamentazione di queste professioni e, dall'altro, le regole della concorrenza del trattato»⁶⁰. E ciò riguarda, particolarmente da vicino, il tema delle tariffe professionali.

L'evoluzione, lo sappiamo, è stata lunga e sofferta. Iniziata in sordina con la nuova definizione di impresa che la Corte di giustizia ha adottato nel noto caso *Höfner ed Elser*, riguardante l'abuso di posizione dominante di un ufficio pubblico di collocamento in Germania⁶¹; il dibattito è proseguito con le altrettanto note decisioni sui casi degli Spedizionieri doganali italiani⁶²; *Poucet et Pistre*⁶³, *Corsica Ferries*⁶⁴, Società di assicurazione francesi⁶⁵; agenti della proprietà intellettuale spagnola⁶⁶;

⁵⁹ «Taluni servizi professionali sono (infatti) destinati a produrre «beni pubblici» che presentano un valore per la società in generale» Comunicazione della Commissione 5 settembre 2005, cit., punto 10, inciso mio.

⁶⁰ Comunicazione della Commissione, 9 febbraio 2004, cit., punto 4.

⁶¹ C. giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macrotan*, in «Racc.», 1991, 1979. La Corte di giustizia ha definito impresa «qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento».

⁶² La decisione della Commissione europea è pubblicata in «GUC», L. 203, del 13 agosto 1993, p. 27, ed anche in *Dir. ind.*, 1994, p. 157, con commento di Catelli. Essa è stata poi impugnata dal Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali (CNSD) davanti al Tribunale di primo grado della CE (causa T-513/93). Il 18 giugno 1998, anche la Corte di giustizia si è espressa sul punto (C-35-96, cit.) con una sentenza resa questa volta su un'autonoma azione di accertamento promossa contro l'Italia dalla Commissione ex art. 169 (ora 226) del Trattato, è pubblicato in «Racc.», 1998, pp. 1-3851. Ulteriori osservazioni in A. Tizzano, *La Corte di giustizia CE e la riforma delle professioni*, in «Notariato», 1998, n. 5, pp. 405 ss.

⁶³ In «Racc.», 1993, pp. I-637, punti 38-40, ed in «Foro it.», 1994, IV, pp. 113 ss., con nota di L. Scudiero, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*.

⁶⁴ In «Racc.», 1994, pp. I-7119.

⁶⁵ Ivi, 1995, pp. I-4013.

⁶⁶ Decisione n. 95/188 del 30 gennaio 1995, in «GUC», L. 122 del 2 giugno 1995, ed in «Dir. ind.», 1996, n. 2, p. 131, con nota di Catelli, *Le tariffe professionali come accordo di prezzo*, in cui

Istituto dei mandatari abilitati presso l'ufficio europeo dei brevetti (IMA)⁶⁷; Pavlov⁶⁸. Ancora più recenti sono le sentenze Arduino⁶⁹, Conte⁷⁰, Wouters⁷¹, Mauri⁷², Cipolla, Macrino e Capodarte⁷³ e, da ultimo, *Hospital Consulting*⁷⁴.

Allo stato, l'*acquis* comunitario su questo argomento può riassumersi come segue:

1) gli avvocati sono (*rectius*: agiscono come⁷⁵) imprese ai sensi degli

artt. 81 e 82 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE)⁷⁶;

2) i loro enti esponenziali agiscono come associazioni di imprese, ai sensi dell'art. 81 CE;

3) gli accordi, le pratiche concertate tra professionisti o le decisioni dei loro organi rappresentativi che abbiano per oggetto o per effetto una restrizione sensibile della concorrenza nel mercato comune tale da pregiudicare il commercio tra gli Stati

la Commissione ha riaffermato che l'attività degli agenti della proprietà brevettuale spagnoli è assimilabile all'attività di impresa e che il relativo Consiglio nazionale, il *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial* (COAPI) costituisce «associazione di imprese».

⁶⁷ Decisione del 7 aprile 1999, 1999/267/CE, in «GUCE», L. 106, p. 14. Quest'ultima decisione ha formato oggetto di annullamento parziale ad opera della sentenza del Tribunale 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti/Commissione*, in «Racc.», pp. II-0000.

⁶⁸ C. giust., 12 settembre 2000, procedimenti riuniti da C-180/98 a C-184/98, punto 163, in «Racc.» 2000, p. I-6451.

⁶⁹ C. giust., 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Procedimento penale c. Manuele Arduino*. L'ordinanza di rinvio della Pretura di Pinerolo del 13-15 gennaio 1999 (Pretore Reynaud), è pubblicata in «Foro it.», 1999, III, pp. 546 ss., con nota di Larghezza, *Le tariffe forensi e il duro confronto con l'art. 85 del Trattato CE*.

⁷⁰ C. giust., 29 novembre 2001, causa C-221/99, *Giuseppe Conte c. Stefania Rossi*. Con ordinanza del Giudice di pace di Genova si era chiesto: «Se il combinato disposto di cui agli artt. 5 e 85 del Trattato possa ritenersi compatibile con una normativa nazionale che, senza la previsione del rispetto di criteri di pubblico interesse, demandi ad una commissione tariffaria, istituita presso il Consiglio dell'ordine e composta da soli iscritti all'ordine medesimo, il potere di emettere un provvedimento discrezionale di liquidazione dell'onorario, anche confermativo di quello fissato dall'iscritto a propria discrezione, di valenza tale da vincolare il giudice alla pronuncia di una ingiunzione di pagamento conforme al provvedimento di liquidazione del Consiglio stesso».

⁷¹ C. giust., 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*.

⁷² C. giust., ord. 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri c. Ministero italiano della Giustizia*, in «GUCE», 14 maggio 2005, C115/17.

⁷³ C. giust. (Grande sez.), 5 dicembre 2006, nei procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04, *Federico Cipolla c. Macrino e S. Macrino e C. Capodarte c. R. Meloni*.

⁷⁴ C. giust., 5 maggio 2008, *Hospital Consulting SRL et al. c. Esaote SPA*, C-386/07.

⁷⁵ A. Tizzano, *La Corte di giustizia CE e la riforma delle professioni*, cit, pp. 405 ss. Conforme anche TAR Lazio, sez. I, 28 gennaio 2000, n. 466, in «Foro it.», 2000, III, c. 175. Più in generale sul tema cfr. R. Pardolesi, *Le regole della concorrenza*, in *Diritto civile diretto da Lipari e Rescigno*, vol. IV, tm. I, Milano, 2009, pp. 1-114.

⁷⁶ «gli avvocati offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi [...] «la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato non sono tali da modificare questa conclusione [...]» *Wouters*, cit., punti 48 e 49.

membri, costituiscono una violazione dell'art. 81.1 TCE;

4) qualora uno Stato membro imponga, favorisca l'adozione di detti accordi o decisioni, rafforzi gli effetti di tali comportamenti o tolga alla sua stessa normativa il proprio carattere statale delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica, esso incorre nella violazione dell'art. 10 del Trattato CE⁷⁷ in combinato disposto con gli artt. 81 e 82 TCE⁷⁸.

Più nello specifico, e con riguardo alla *quaestio* che ci interessa, la Corte di giustizia ha affermato con nettezza che:

5) le tariffe professionali, qualora non pienamente valutate e recepite dalle autorità pubbliche, in quanto conformi al pubblico interesse, costituiscono decisioni di associazioni di impresa suscettibili di turbare la concorrenza, quando non indebiti ostacoli alla libera circolazione dei professionisti, specie nel caso della predisposizione di minimi tariffari inderogabili⁷⁹.

A quest'ultimo riguardo, merita sottolineare che né la decisione sul caso Arduino, né quella sulle cause riunite Cipolla, Macrino e Capodarte, si sono espresse in termini di piena compatibilità delle tariffe professionali forensi, in Italia, con il diritto europeo della concorrenza. Anzi, direi che dall'insieme delle argomentazioni svolte dagli avvocati generali e dalla stessa Corte, nei casi citati, appare evidente che la predeterminazione dei compensi ha un effetto pregiudizievole sul livello di concorrenza presente nel mercato dei servizi professionali legali. Piuttosto, la Corte ha messo in rilievo che tale limitazione della concorrenza, non essendo imputabile ad alcuno dei destinatari della normativa comunitaria ed essendo voluta e disposta dall'autorità pubblica, sfugge all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE e non costituisce una violazione dell'art. 10 CE, anche se resta soggetta al necessario test di necessità e proporzionalità rispetto al perseguimento di altrettanto meritevoli interessi di carattere generale⁸⁰.

⁷⁷ Com'è noto, detta norma è stata abrogata e sostituita, nella sostanza, dall'art. 3-bis, par. 3, del trattato UE (rinumerato 4).

⁷⁸ Corte di giustizia, sentenze del 21 settembre 1988, C-267/86, *Van Eyck*, in «Racc.», p. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, C-2/91, *Meng*, in «Racc.», p. I-5751, punto 14; C-185/91, *Reiff*, in «Racc.», pp. I-5801, punto 14; C-245/91, *Obra Schadeverzekeringen*, in «Racc.», pp. I-5851, punto 10; 9 giugno 1994, C-153/93, *Delta Schiffahrts – und Speditionsgesellschaft*, in «Racc.», pp. I-2517, punto 14; 5 ottobre 1995, C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, in «Racc.», pp. I-2883, punto 21; 17 ottobre 1995, cause riunite da C-140/94 a C-142/94, *Dir e a.*, in «Racc.», pp. I-3257, punto 15; 17 giugno 1997, C-70/95, *Sodemare e a.*, in «Racc.», pp. I-3395, punto 42; C-35/96, *Commissione/Italia*, in «Racc.», pp. I-3851, punto 54; 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica Ferries France*, in «Racc.», pp. I-3949, punto 49, e 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, in «Racc.», pp. I-5751, punto 65. Su tutta la giurisprudenza citata, v. A. Berlinguer, *Professione forense impresa e concorrenza. Tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Milano, 2003, pp. 310 ss.

⁷⁹ Cfr. la decisione della Corte nel caso *Arduino*, cit.

⁸⁰ Il principio, com'è noto, evoca la c.d. *State action doctrine*, di matrice nordamericana, risalente al celebre caso *Parker v. Brown* 317 Us 341 (1943) e, ancor prima, ad un'altra, meno nota decisione: *Olsen v. Smith*, 195 Us 332, resa dalla Corte suprema nel 1904, nella quale la stessa

8. [...]e della circolazione dei professionisti nella UE

È significativa la decisione della Corte di giustizia nei casi Cipolla, Macrino e Capodarte anche per aver affrontato un aspetto nuovo: quello della compatibilità con l'art. 49 CE (oggi 56 TFUE) dei minimi tariffari inderogabili, in Italia, previsti per prestazioni giudiziali riservate agli avvocati⁸¹.

La risposta offerta dalla Corte è stata tendenzialmente negativa: dette previsioni tariffarie costituiscono una restrizione della libera prestazione di servizi per almeno due ragioni: *a)* esse impediscono a prestatori stabiliti in altri Stati membri di concorrere con i prestatori italiani, non potendo offrire i propri servizi nel mercato a prezzi inferiori a quelli predeterminati dalla tariffa; e *b)* specularmente, i destinatari dei servizi, imprese o consumatori, in Italia, vedono ridotta la propria fa-

coltà di scelta non potendo optare per prestatori stabiliti altrove che potrebbero offrire le loro prestazioni ad un prezzo più conveniente di quelli italiani.

In buona sostanza, la Corte si è rifatta a quella consolidata giurisprudenza che rileva una violazione del Trattato ogni qual volta la normativa nazionale, pur non introducendo discriminazione alcuna, abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna⁸². E lo svolgimento di prestazioni da parte di avvocati non stabiliti in Italia, è apparso, *de facto*, meno concorrenziale nel caso di specie, rispetto ai loro colleghi europei.

La Corte non ne da conto nel corpo della decisione ma a questo riguardo, l'avvocato generale aveva opportunamente notato che il tariffario forense è elaborato tenendo

Corte affermò che «[...] a monopoly established through a State statute is something different from a monopolization forbidden by the Sherman Act, for to hold otherwise would imply denying the state the power to regulate». Sul suo sostanziale *legal transplant* di questa *doctrine* nel contesto europeo, v., tra gli altri, A. Berlinguer, *Professione forense, impresa e concorrenza*, cit.; Marengo, *Government Action and Antitrust in the United States: What Lessons for Community Law?*, in *Legal Issues of European Integration*, Deventer, 1987, vol. 1, p. 3.

⁸¹ Il 4 febbraio 2004 la Corte d'appello di Torino ha infatti esperito un rinvio pregiudiziale relativo all'ammissibilità dei patti tra professionista e cliente in deroga ai minimi tariffari nella causa *Federico Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari*, C-94/04. L'ordinanza di rinvio è pubblicata in «Foro it.», 2004, I, p. 881 ed in «Rass. Forense», 2004, pp. 729 ss. con nota di Colavitti. Il 7 aprile 2004 la Corte d'appello di Roma ha esperito un rinvio pregiudiziale relativo all'ammissibilità di tariffe vincolanti, anche per la consulenza legale che può essere espletata anche da soggetti non abilitati, nella causa *Macrino e Capodarte c. Meloni*, C-202/04. Le cause sono state poi riunite. In arg. V. Vigoriti, *Recenti sviluppi in tema di avvocatura e concorrenza*, in «Rass. Forense», 2005, pp. 341 ss.; id., *Patto di quota lite e libertà di concorrenza*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2003, pp. 583 ss.; L. Logner, *Le attività autonome* (a cura di), Torino, 2006, *passim*. Sulla naturale convergenza delle disposizioni sulla libera circolazione con quelle a presidio della libertà di concorrenza cfr., per tutti, K. Mortelmans, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and Competition?*, in «CMLR», 2001, pp. 613 ss.

⁸² V., in particolare, C. giust. 29 novembre 2001, causa C17/00, De Coster, in «Racc.», p. I-9445, punto 29, nonché 8 settembre 2005, cause riunite C544/03 e C545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, in «Racc.», p. I-7723, punto 29.

conto solo della posizione degli avvocati italiani, senza considerare quella di professionisti stabiliti in altri stati membri⁸³.

Sono state però anche esaminate le ragioni che presidiano a tali restrizioni, le quali, com'è noto, possono apparire giustificate, a mente degli artt. 46 e 55 TCE (oggi artt. 52 e 62 TFUE), qualora si fondino su motivi di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubblica. In particolare, la restrizione deve soddisfare esigenze di necessità e proporzionalità, potendo il divieto di derogare alla tariffa forense nel caso di specie essere legittimo purché idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non esorbitante rispetto ad esso⁸⁴.

Ebbene, a quest'ultimo riguardo, la Corte si è limitata a rinviare detta valutazione al giudice nazionale, senza però esimersi dall'individuare alcuni criteri guida. Eccoli:

a) si debbono considerare attentamente le caratteristiche del mercato rilevante in questione: in quello italiano, connotato da un numero molto elevato di professionisti, una tariffa che fissi onorari minimi potrebbe evitare che gli avvocati possano prestarsi ad un'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti⁸⁵.

Occorrerà pertanto, alla luce di quanto sopra, verificare se vi sia una relazione tra il livello degli onorari

e la qualità delle prestazioni fornite dagli avvocati e se, in particolare, la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, vale a dire la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia;

b) occorrerà inoltre tener presente che i rapporti tra avvocato e cliente sono in genere caratterizzati da asimmetrie informative. «Infatti, gli avvocati dispongono di un elevato livello di competenze tecniche che i consumatori non necessariamente possiedono, cosicché questi ultimi incontrano difficoltà nel valutare la qualità dei servizi loro forniti»⁸⁶.

Conclude la Corte che dovrà essere il giudice del rinvio a valutare gli elementi di cui sopra incluso il fatto che gli obiettivi individuati dallo Stato italiano, in particolare quello di un adeguato livello qualitativo delle prestazioni professionali, possano essere soddisfatti anche in assenza dei minimi tariffari inderogabili, attraverso norme di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità professionale.

Anche in questo caso, è evidente che, qualora il giudice nazionale non trovi un sufficiente nesso di necessità e proporzionalità tra la predisposizione di minimi tariffari e gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti, esso sarà costretto a rilevare la contrarietà

⁸³ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, 1 febbraio 2006, punti 61 e s.

⁸⁴ Cfr., in particolare, C. giust 5 giugno 1997, causa C-398/95, in «Racc.», pp. I-3091, punto 21, e Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, cit., punto 37.

⁸⁵ Sentenza *Cipolla*, cit., punto 67.

⁸⁶ Id., punto 68.

delle previsioni tariffarie con il TFUE e la conseguente nullità delle stesse.

Il dato – oggi – appare ancora rilevante, pure all'esito dell'abrogazione dei minimi tariffari inderogabili disposta dalla L. 248/2006, poiché qualora dovessero essere reintrodotti i minimi tariffari inderogabili, essi non potrebbero comunque sfuggire al vincolo di necessità-proporzionalità richiesto dai giudici di Kirchberg.

Si tenga peraltro conto che, nelle more del rinvio pregiudiziale sui casi Cipolla, Macrino e Capodarte, la Commissione europea ha reiterato la diffida già inoltrata allo Stato italiano nel 2005 per avere quest'ultimo adottato un sistema tariffario per gli avvocati illegittimo anche nella predisposizione dei massimi. Detto lungo carteggio è difatti sfociato nel ricorso alla Corte di giustizia, da parte della Commissione UE, per sentir pronunciare l'inadempimento della Repubblica italiana alle disposizioni del TFUE. Tuttavia, nelle osservazioni già presentate dall'Avvocato generale Mazàk il 6 luglio 2010, quest'ultimo ha proposto di respingere il ricorso della Commissione UE in quanto, a suo giudizio, i massimi tariffari, in quanto derogabili, non costituirebbero un'indebita restrizione dell'autonomia contrattuale delle parti⁸⁷.

La Corte non si è ancora espressa. Resta evidente che, pur nel caso in

cui essa respinga il ricorso, i paletti introdotti dalle istituzioni comunitarie hanno innescato un processo volto ad armonizzare la disciplina dei compensi professionali nella UE cui si giunge attraverso la loro progressiva liberalizzazione. Si trovano infatti avvantaggiati quegli Stati membri che adottano regole più permissive in materia, effettivamente proporzionate agli obiettivi perseguiti, rispetto a coloro che ritengono di meglio tutelare le categorie professionali con regole più restrittive.

9. I tentativi di riforma ed il parere dell'AGCM

A seguito della pronuncia sui casi Cipolla, Macrino e Capodarte, e del moltiplicarsi dei progetti di riforma della professione, anche la nostra Authority sulla concorrenza è tornata sulla *quaestio* delle tariffe forensi.

Lo ha fatto, anzitutto, con l'ultima indagine conoscitiva sul settore degli ordini professionali⁸⁸, ove essa ha rilevato che:

a) non sussiste alcun nesso di causalità tra tariffe uniformi e predefinite e qualità dei servizi professionali prestati, anzi, sapendo di poter beneficiare di una soglia di prezzo imposta dalla legge, il professionista ha forse un incentivo in più a ridurre i costi della prestazione onde poter massimizzare il proprio compenso⁸⁹;

⁸⁷ Commissione europea c. Repubblica italiana, causa C-565/08.

⁸⁸ IC32, provv. 19435, del 15 gennaio 2009, in «Boll.», 9/2009.

⁸⁹ Secondo l'AGCM, la qualità della prestazione dovrebbe piuttosto essere garantita con la predisposizione di protocolli contenenti le *best practices* relative alle singole prestazioni professionali. Peraltro, tali protocolli possono costituire anche per i clienti un utile parametro di riferimento per valutare la prestazione del professionista. Sul tema v. più avanti nel testo.

b) anche la fissazione di tariffe non vincolanti produce l'effetto di uniformare i comportamenti di mercato degli esercenti la professione, riducendo la concorrenza sui prezzi di vendita del servizio;

c) le norme deontologiche che impongono espressamente il rispetto dei tariffari, ovvero che a questi rinviano tramite il riferimento a clausole generali, quali il decoro o la dignità della professione, costituiscono restrizioni della concorrenza.

Con riguardo a quest'ultimo punto, l'Autorità ha ulteriormente chiosato sulla permanenza, all'esito della riforma Bersani, dell'art. 2233, 2 comma c.c., sostenendo tuttavia che in realtà detta norma spieghi effetti esclusivamente sul piano dei rapporti di tipo privatistico, non potendosi attribuire a tale disposizione alcuna rilevanza su quello deontologico, posto che essa non è indirizzata agli ordini, ma si rivolge ai privati. Tale disposizione non attribuirebbe quindi agli ordini alcun potere, né tanto meno il dovere di vigilare sul comportamento dei propri iscritti nella determinazione del compenso con i rispettivi clienti e di controllare in sostanza che il compenso, liberamente pattuito, sia comunque adeguato al decoro della professione.

Ciò nondimeno, l'AGCM sostiene che ancora numerosi codici deontologici continuano a considerare le tariffe professionali – la cui obbligatorietà

viene di fatto reintrodotta, attraverso il richiamo al rispetto del decoro professionale – un valido parametro di riferimento e ciò consente agli ordini di avviare procedimenti disciplinari nel caso in cui il professionista possa ledere il decoro o la dignità della professione. La stessa Autorità ha quindi concluso la sua recente indagine conoscitiva proponendo che i codici deontologici, in punto di compensi professionali, rispettino i seguenti criteri:

a) i professionisti debbono poter pattuire liberamente i compensi professionali;

b) deve essere espressamente menzionato il dettato della legge Bersani in merito all'abrogazione;

dell'obbligatorietà delle tariffe; ciò almeno quando i codici deontologici rinviano all'art. 2233 c.c.;

c) non dovrebbe essere previsto alcun richiamo alle nozioni di decoro o dignità professionale per la determinazione del compenso dei professionisti;

d) deve essere previsto l'obbligo per gli avvocati di presentare in forma scritta al proprio cliente il preventivo per le prestazioni professionali⁹⁰.

Da ultimo, l'Autorità ha ritenuto di intervenire nel dibattito relativo alla riforma della professione forense, formulando, ex art. 21, L. 287/90, alcune osservazioni al testo adottato dal Comitato ristretto, costituito presso la Commissione giustizia del Senato, il 14 luglio 2009 (As/601)⁹¹.

⁹⁰ IC34, cit., p. 74.

⁹¹ Decisione 16 settembre 2009 As/602. Alla data in cui il presente contributo viene mandato in stampa, il predetto disegno di legge è confluito in una proposta unificata approvata dal Senato

Critiche sono state rivolte, in particolare, ai commi 1 e 5 dell'art. 12, norma dedicata ai compensi professionali, ove si prevede che gli stessi debbano essere adeguati al decoro della professione (c. 1), e che «[...] gli onorari minimi sono inderogabili e vincolanti» (c. 5). Al riguardo, l'Autorità ha voluto ribadire che «[...] l'affermazione del decoro quale parametro per determinare il compenso non deve essere suscettibile di prestarsi ad un uso fuorviante da parte degli ordini e divenire un criterio di controllo sui compensi». E che «[...] Le tariffe fisse e minime [...] non garantiscono la qualità della prestazione [...]: la sicurezza offerta dalla protezione di una tariffa fissa o minima certamente non invoglia infatti il professionista a tenere comportamenti virtuosi».

Anche l'art. 12, comma 6 del D.D.L. in parola è stato ampiamente criticato nella parte in cui prevede la facoltà di concordare, tra avvocato e cliente, un compenso ulteriore rispetto a quello tariffario in caso di conciliazione della lite o di esito positivo della controversia, fermi restando i limiti del Codice deontologico. Il ri-

ferimento alla tariffa come indice per il c.d. palmario – tale sarebbe infatti il compenso aggiuntivo – risulta infatti in contrasto con i richiamati principi antitrust di libera determinazione del compenso, nonché con il citato D.L. 223/2006, che ha abolito il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Insomma, l'AGCM si è espressa in modo assai scettico nei confronti del nuovo D.D.L. paventando agli organi costituzionali impegnati nel processo legislativo pesanti ripercussioni sulla concorrenza.

10. Qualche nota critica

Da più parti si levano voci critiche sull'assetto «corporativo» dell'ordinamento forense, di cui la restaurazione dei minimi tariffari inderogabili sarebbe diretta emanazione.

L'affermazione, per quanto ricorrente, non convince. Intanto perché è largamente mutata, col variare del ruolo dello Stato, l'accezione stessa di «corporazione», per cui le antiche corporazioni delle arti e dei mestieri configurano un modello ormai tramontato e irripetibile⁹². Mancano

della Repubblica il 23 novembre 2010. L'iniziativa vede come primo firmatario l'On. Giuliano. Col titolo: «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense» e con n. AC3900, la proposta è appena stata assegnata alla Commissione giustizia della Camera. Presso la stessa Camera dei Deputati pendono anche i disegni di legge n. AC1447, d'iniziativa dell'On. Cavallaro, AC2246, d'iniziativa dell'On. Frassinetti *et al.*, AC1545, d'iniziativa dell'On. Barbieri, AC420, d'iniziativa dell'On. Contento, AC2419, d'iniziativa dell'On. Cassinelli *et al.*, AC1494, d'iniziativa dell'On. Carpano *et al.*, AC1837, d'iniziativa dell'On. Mantini *et al.*, AC1004, d'iniziativa dell'On. Pecorella.

⁹² Sul punto, per tutti, cfr. Brambilla, *Dalle arti liberali alle professioni*, cit., spec. pp. 62-65, la quale evidenzia il progressivo mutare delle stesse corporazioni delle arti superiori, teologia, diritto e medicina, in concomitanza con l'evolversi delle unità di autogoverno feudale verso gli Stati regionali, e poi le unità territoriali più vaste, con l'avvento dello Stato ottocentesco. All'interno delle realtà cittadine, come nello Stato di Milano, i Collegi dei giudici e giurisperiti erano infatti un sistema di accesso volto a selezionare le famiglie dei dottori ammessi al governo comunale. Il che denota come queste comunità costituissero società intermedie intimamente legate alle forme di governo e controllo dei territori. Sul punto v. C. Mozzarelli, *Strutture sociali*

inoltre oggi, quantomeno nell'ordinamento professionale forense, gli stessi elementi costitutivi di una corporazione, tra cui:

- un efficace controllo sulle dinamiche di accesso alla professione. I numeri parlano chiaro: oltre 230.000 gli iscritti agli albi, circa 45.000 cassazionisti, con ogni anno oltre 10.000 nuovi colleghi che entrano nella professione, mentre l'età pensionabile (se ve n'è una) si sposta progressivamente in avanti. È vero, dal 2001 il trend demografico si è invertito, la popolazione decresce, ma è anche vero che il numero dei laureati – con sempre maggior ritardo e minore preparazione – non subisce la stessa flessione, anzi⁹³;

- il controllo sulle tecniche di produzione dei servizi e sulla qualità degli stessi, altro tratto saliente delle corporazioni delle arti e dei mestieri. Gli ordini di oggi non svolgono istituzionalmente alcun controllo sulla qualità delle prestazioni degli iscritti,

neppure in via saltuaria o a campione, essendo i pareri di congruità funzionali alla sola esazione del credito verso il cliente e tesi a valutare la congruità del *quantum debeatur*, piuttosto che a determinare l'adeguatezza delle prestazioni svolte;

- un puntuale, efficace monitoraggio (e la conseguente repressione) dei comportamenti resi in spregio ai principi deontologici; comportamenti che, in mancanza di sanzione, si moltiplicano a dismisura;

- con gli anzidetti numeri, neppure le tradizionali forme di controllo gerarchico tra maestri ed apprendisti sono più possibili, tant'è che questi ultimi sono sempre più spesso lasciati a forme di autoapprendimento piuttosto che inseriti in reali processi formativi⁹⁴.

Evidente quindi che il dato numerico si dimostra antitetico alla stessa logica di una corporazione (nella sua migliore accezione) e tale da far lievitare gli elementi di differenziazione,

e formazioni statuali a Milano e a Napoli tra '500 e '700, in «Società e storia», I, 1978, pp. 431 ss. Cfr. anche M. Santoro, *Professioni, Stato, modernità. Storia e teoria sociale*, cit., pp. 383-421. Sostiene, non da oggi, che la stessa *forma mentis* del giurista, e così anche la sua dimensione professionale, sia irreversibilmente mutata con la transizione da moderno a postmoderno e con la perdita del protagonismo assoluto dello Stato a favore della società, con tutte le venature e le complessità che essa esprime, P. Grossi, da ultimo in *L'identità del giurista oggi*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2010, pp. 1089 ss. Nel senso che la crisi degli ordini consegue alla trasformazione delle professioni, dallo Stato verso mercato e società, anche S. Cassese, in M. Malatesta (a cura di), *Corpi e professioni*, cit., p. 18. Spunti condivisibili anche in G. Alpa, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, *passim*, con recensione di A. Berlinguer, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2006, 3, pp. 981 ss.; G. Alpa, *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in «Contratto e impresa Europa», 2001, n. 3, pp. 1175 ss.

⁹³ Ho evidenziato il problema anche dinanzi al palliativo delle specializzazioni forensi in *Avvocati: senza un intervento sull'accesso la specializzazione resta una soluzione parziale*, cit., pp. 12 ss.

⁹⁴ Su questi ed altri tratti salienti dell'assetto delle corporazioni medievali cfr., tra i tanti, F. Franceschi, *Tutti per uno*, in «Medioevo», III, n. 11 (34), novembre 1999, pp. 93-113; C.M. Travaglini (a cura di), *Corporazioni e gruppi professionali a Roma tra XVI e XIX secolo*, in «Roma moderna e contemporanea», settembre-dicembre 1998, VI, n. 3, Università degli studi Roma Tre.

istanze ed interessi eterogenei, irrisolvibili problemi di rappresentanza, la conflittualità interna, e via discorrendo⁹⁵. L'adozione di misure protezionistiche come l'obbligatorietà dei minimi tariffari, all'interno una comunità ormai estremamente sfrangiata e rarefatta com'è oggi quella forense, rischia quindi di essere ancor più pregiudizievole, mancando nel sistema proprio quelle contropunte di carattere corporativo che bilanciavano, amalgamandoli, protezione, controllo e qualità.

Neppure il merito di aver calmierato il prezzo delle prestazioni può essere ascritto al numero degli esercenti la professione forense, atteso che se è vero che il costo dei nostri servizi legali è tra i più bassi in Europa, ciò non consegue tanto al numero degli esercenti, sino a ieri (formalmente) vincolati alle tariffe minime, quanto al fatto di avere prezzi professionali controllati dallo Stato, il quale, in più occasioni, ha imposto misure di contenimento.

Neppure, ancora, può sostenersi che il numero degli avvocati, deconcentrando il mercato dal lato dell'offerta, contribuisca ad accentuare la concorrenza a tutto beneficio della qualità e dell'abbassamento dei costi professionali. La concorrenza non risente infatti, automaticamente, del numero degli operatori ma, tra l'altro, di come sono distribuite le quote di mercato, di eventuali barriere all'en-

trata e di altri fattori che consentono o meno al singolo, magari agli esordi, di progredire e competere con gli altri. Ebbene, è innegabile che, nel mercato dei servizi forensi, oggi solo pochi grandi studi detengono il primato dei redditi professionali, mentre una plethora di studi individuali, generalisti e artigianali, versa in condizioni di marcato disagio, se non proprio di indigenza.

Ma cambiamo il punto di osservazione: se una posizione di dominanza relativa fosse riscontrabile dal lato della domanda, in taluno dei *big consumers* di servizi professionali, la polverizzazione del ceto forense potrebbe esporre il piccolo artigiano agli abusi della dominanza economica del cliente; ciò che, magari, troverebbe un argine invalicabile proprio nei minimi tariffari inderogabili. Anche qui però non vi sono automatismi e non è detto che: *a*) lo sfortunato *mélange* tra crisi economica del sistema produttivo, scarsità di risorse pubbliche, inefficienze del sistema giudiziario e conseguente, pervicace tendenza al ritardo e all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, comporti un decremento della domanda di servizi legali, la riduzione dei fatturati del ceto forense (specie nell'ambito del recupero crediti) e quindi un aumento della forza contrattuale dei pochi o molti consumatori abbienti⁹⁶; *b*) un argine efficace nell'evitare lo «strangolamento» del singolo profes-

⁹⁵ Si noti che gli iscritti agli albi forensi, nel 1990, erano meno di 50.000.

⁹⁶ Raro, peraltro, che i clienti più facoltosi, come banche e assicurazioni, si rivolgano al piccolo esercente e non a studi professionali più attrezzati e meno suscettibili di subire la dominanza economica del committente.

sionista-artigiano sia costituito proprio dai minimi tariffari inderogabili i quali, per le ragioni che dirò, rappresentano un vincolo più virtuale che sostanziale.

Ciò detto, se la forma è almeno un po' sostanza, un effetto apprezzabile i minimi tariffari lo producono; ed esso incide – a mio avviso – non tanto (o non solo) sulla concorrenza⁹⁷, quanto nei rapporti con l'utenza e fors'anche sul funzionamento complessivo del sistema giudiziario⁹⁸. La determinazione dei compensi professionali forensi, per come avviene oggi, si

fonda infatti sulla combinazione tra tipologia e quantità delle prestazioni svolte, valore della controversia e autorità giudiziaria adita⁹⁹. È quindi noto che il singolo professionista, volendo riportare un numero di prestazioni inferiore al vero, può accettare compensi ben inferiori al minimo; oppure rinunciare, in tutto o in parte, al compenso professionale, non solo per ragioni di amicizia e parentela ma anche – più semplicemente – per motivi di «convenienza»¹⁰⁰. Ciò, è noto, costituisce quasi la prassi, specie con la clientela più remune-

⁹⁷ Com'è noto, l'abolizione dei minimi tariffari con la riforma Bersani non ha prodotto un significativo abbassamento dei prezzi professionali ma solo una leggera flessione in taluni ambiti del contenzioso civile e commerciale e per una certa tipologia di clientela, di norma più facoltosa e abituale, come gli istituti di credito. Diversa, ad esempio, la situazione che si è registrata in Olanda nel 1999, con la riforma del notariato, che ha previsto l'abolizione del numero chiuso per l'accesso alla professione di notaio e dell'obbligatorietà delle tariffe minime notarili. La riforma ha avuto un'implementazione graduale che, con riguardo all'abolizione delle tariffe per i singoli utenti, si è conclusa l'1 luglio 2003. Dopo una breve tendenza al rialzo per talune prestazioni professionali, in media i singoli utenti hanno ottenuto significativi benefici dalla riforma, con risparmi del 30% rispetto alle tariffe applicate prima della stessa. Sugli effetti economici della riforma, v. lo studio indipendente dal titolo *Study Comp/2006/D3/003 Conveyancing Services Market* commissionato dalla Commissione Europea al *Centre of European Law and Politics (ZERP)* dell'Università di Brema, pubblicato nel dicembre 2007.

⁹⁸ V'è infatti chi sostiene che responsabili delle carenze della giustizia, specie in punto di lunghezza dei processi, sono in buona parte i compensi degli avvocati, i quali renderebbero quanto mai attuale l'antico adagio: *dum pendet rendet*. Così D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 91 ss. L'affermazione, nella sua drasticità, non convince e va relativizzata, atteso che il problema viene evidenziato anche in altri sistemi, specie in Inghilterra, ove esiste un sistema tariffario ben diverso. Si veda al riguardo l'opinione di A. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999, *passim*, il quale è nondimeno tra i maggiori sostenitori della pervicace resistenza del ceto forense verso i tentativi di ammodernamento del sistema della giustizia civile. È tuttavia pur vero – lo sappiamo – che il sistema italiano di determinazione dei compensi certo non brilla nell'incentivare i difensori ad un componimento rapido e bonario delle liti, né nel disincentivare comportamenti dilatori e temerari. Sempre secondo D. Marchesi, *op. ult. cit.*, spec. 105, ciò che incide maggiormente sull'adozione di comportamenti opportunistici e defattigatori da parte dei difensori è la voce del tariffario dedicata alla frequentazione delle udienze. Anche gli incontri e le consultazioni con il cliente, la corrispondenza ed il moltiplicarsi degli atti processuali troverebbero nel tariffario un incentivo alla dilazione dei tempi del processo mentre la totale assenza, nella prassi contrattuale, di accordi di quota lite sensibili all'elemento temporale e quindi calibrati anche su una rapida risoluzione della lite, muoverebbe a sua volta nella stessa direzione. Per una rassegna delle tecniche di *fee-shifting* più utilizzate nei diversi sistemi e sulla loro suscettibilità di sfociare in una transazione prima o durante la lite cfr., per tutti, A. Katz, *Indemnity of Legal Fees*, in B. Bouckaert, G. De Gest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, 2000, pp. 63 ss.

⁹⁹ Art. 58, D.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578.

¹⁰⁰ Cfr., da ultimo, Cass., 27 settembre 2010, n. 20269, cit.

rativa e qualificata. La concorrenza sui prezzi – nei fatti – resta quindi possibile anche con l'inderogabilità dei minimi tariffari, ridotta a mero simulacro.

Altrettanto frequente è però l'atteggiamento del professionista che, specie nei riguardi dell'utente meno appetibile e più occasionale, brandisce a prestazione (asseritamente) svolta il tariffario professionale, il quale risulta così derogabile solo dal lato dell'offerta. Ciò è possibile grazie al sistema dei compensi dell'avvocato, il quale, ancorché noto al cliente, gli risulta del tutto generico, se non proprio incomprensibile. È quindi l'opacità del sistema dei prezzi professionali ad essere pregiudizievole, imperniato com'è su notule-parcelle che il cliente conosce solo *ex post*, una volta effettuata la prestazione. Prima di allora è assai difficile poter prevedere il costo dell'attività richiesta, il quale, peraltro, è affidato a variabili imponderabili come, ad esempio, il valore della domanda riconvenzionale proposta dalla controparte.

Inoltre, un sistema che affida la determinazione dei costi ad elementi che poco o nulla hanno a che vedere con il tempo o l'impegno impiegati dal professionista risulta decettivo per il cliente, acuisce la natura di *credence good* del servizio professionale ed alimenta l'asimmetria di informazione con il professionista. L'utente non è in grado di poter scegliere in base ai preventivi dei professionisti e ciò contribuisce a rendere il mercato ancor meno trasparente, con il rischio di facili speculazioni a danno

del cliente; il che non avverrebbe se le tariffe professionali (o meglio ancora i tariffari del singolo esercente) divenissero effettivamente uno strumento trasparente e intelligibile da porre preventivamente all'attenzione dell'utente e non uno strumento utile al professionista per poter determinare, *ex post*, il costo delle sue prestazioni.

A questo riguardo, merita apprezzamento l'innovazione proposta da ultimo dagli ordini dei notai, dei dottori commercialisti ed esperti contabili e dal Collegio dei geometri, relativa all'introduzione di *best practices* per la determinazione dei compensi. Qui l'accento cade sulle prestazioni piuttosto che sul relativo prezzo; prestazioni che ai non addetti ai lavori, nel sistema attuale, appaiono solo genericamente individuate e senza opportuna indicazione di ciò che una specifica vicenda possa richiedere. In sostanza, si tratta di sopperire ad una carenza del sistema indicando, per tipologia di *quaestiones* sottoposte al professionista, quali prestazioni esso debba effettivamente svolgere, in quale quantità, in che tempi e tendenzialmente con quale risultato.

Ciò, traslato sulla professione forense, implica – è evidente – uno sforzo previsionale non trascurabile, dovendo determinare, per tipologia di controversie, tutti gli elementi appena indicati, ad eccezione ovviamente della previsione di risultato. Trattasi tuttavia di un obiettivo realizzabile, almeno in larga massima, se si intendono offrire al cliente almeno i dati essenziali relativi al costo am-

ministrativo della vertenza, per tipologia e valore della controversia, la durata media della stessa nel foro di competenza, genere e quantità di prestazioni che il professionista mediamente impiega per una causa simile con l'ausilio, se del caso, di previsioni minime e massime. L'insieme dei dati appena indicati costituirebbe così una buona base documentale sulla quale fondare il compenso professionale, anch'esso indicato, con possibile oscillazione tra minimi e massimi, sia nel quantum che nelle modalità e tempi di erogazione. Solo così facendo l'utente sarà messo in condizione di valutare l'opportunità di avvalersi di quel professionista soppesando adeguatamente costi, tempi, rischi e benefici.

Ovviamente la predisposizione di simili *best practice guidelines* dovrebbe essere curata in via unitaria dal CNF ed inserita nell'attuale sistema di elaborazione delle tariffe professionali forensi. Essa dovrebbe poi essere opportunamente divulgata con l'obbligo, per ciascun professionista, di illustrarla al cliente e raccogliere la sua firma, per prescrizione, prima di assumere l'incarico professionale. Starebbe poi al singolo avvocato indicare in che misura esso intenda eventualmente discostarsi dalla *best practice* di riferimento, con erogazione di prestazioni maggiori, minori o diverse da quelle indicate, e che ricaduta ciò possa avere sul suo compenso professionale¹⁰¹.

¹⁰¹ Sul versante della funzione giurisdizionale, ampia eco ha avuto il progetto «Diffusione di buone pratiche negli uffici giudiziari» promosso il 30 aprile 2008 dall'attuale Governo sulla scorta dell'esperienza virtuosa della Procura della Repubblica di Bolzano con l'ausilio del Fondo sociale europeo 2007-2013.