



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense A. C. 3900

AUDIZIONE PRESSO LA COMMISSIONE II GIUSTIZIA DELLA
CAMERA DEI DEPUTATI
16 FEBBRAIO 2011

Approfondimenti tematici
- schede sintetiche -



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

*Ogni persona ha il diritto di lavorare
e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*

-

art. 15, *Libertà professionale e diritto di lavorare*,
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea -



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

INDICE

Premessa.....	p. 4
1. Ordinamento forense e potestà regolamentare.....	p. 5
2. La questione della soggezione a riserva della consulenza legale.....	p. 11
3. Le tariffe nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione	p. 15
4. La pubblicità degli avvocati.....	p. 19
5. L'indipendenza dell'Avvocato nella giurisprudenza comunitaria.....	p. 23



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

PREMESSA

Il presente fascicolo reca schede di approfondimento dedicate ad alcuni dei principali nodi problematici del disegno di legge di riforma dell'ordinamento forense.

Il fascicolo si apre con la disposizione della Carta dei diritti fondamentali che protegge la libertà professionale. Non si tratta di un richiamo di stile.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oggi parte integrante del Trattato costituzionale (cd. Trattato di Lisbona), protegge e tutela la libertà professionale insieme con il diritto al lavoro, quali espressioni della personalità dell'uomo.

Norma diversa contempla la libertà di impresa, che è "riconosciuta...., conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali" (art. 16).

Il diritto dell'Unione, dunque, distingue in modo inequivocabile la professione dall'impresa: non ha pregio il vecchio adagio - spesso acriticamente riprodotto anche da osservatori autorevoli, che non mancheranno di riproporlo anche ora, in questa fase dei lavori parlamentari - circa una presunta equiparazione della professione all'impresa operata dal diritto comunitario.

Questa premessa al presente fascicolo è anche la doverosa premessa giuridica della legge di riforma in discussione. A questa premessa si ricollegano le ragioni della specialità costituzionale della professione forense, e su di essa riposano le scelte circa l'indipendenza dell'Avvocato, l'accesso alla professione rigoroso e selettivo, il dovere di aggiornamento permanente, l'inapplicabilità alla professione dei modelli societari propri dell'impresa, il principio di continuità ed effettività dell'esercizio professionale, i compensi correlati alla qualità della prestazione, il potere disciplinare e la vigilanza dell'ordine, a tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione.

Roma, 15 febbraio 2011.

L'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Scheda n. 1

ORDINAMENTO FORENSE E POTESTÀ REGOLAMENTARE

Sommario: 1. Premessa. 2. Regolamenti devoluti alla categoria, o regolamenti del Governo? 3. Articolazione nazionale oppure locale della competenza regolamentare. 4. Il procedimento di formazione dei regolamenti. 5. Gli ambiti materiali dei regolamenti.

1. Quello del conferimento di poteri regolamentari all'organo di rappresentanza istituzionale dell'Avvocatura italiana è uno dei temi centrali della riforma dell'ordinamento. Nella segnalazione in merito al ddl AS 601, l'AGCM ha espresso l'apodittica ed indimostrata l'asserzione per cui il diritto comunitario osterebbe all'attribuzione di poteri regolamentari al CNF.

Una prima notazione, tanto banale quanto fondamentale, è che per attuare la riforma di una professione complessa come quella dell'avvocato è indispensabile far seguire alle norme di legge una normazione secondaria capace di tradurre il comando legislativo in precetti di dettaglio e di organizzazione; norme che poi, in ultima analisi, costituiscono lo strumento di lavoro quotidiano per chi (nel nostro caso i Consigli degli Ordini territoriali) deve attuare ed applicare la legge.

D'altro canto l'ordinamento costituzionale italiano prevede i regolamenti quali strumenti ordinari per realizzare sia la mera attuazione del disposto di legge, sia una più completa funzione integrativa-attuativa della legge stessa (come prevede chiaramente la L. 400/1988). Va inoltre considerato che i regolamenti posseggono un ruolo centrale per tutto il settore delle professioni intellettuali, essendo previsti in modo estensivo pressoché ovunque nei diversi ordinamenti professionali; anzi, nei testi normativi più recenti è dato osservare una comprensibile tendenza alla delegificazione e, quindi, all'ampliamento del ruolo dei regolamenti (in proposito è interessante scorrere gli artt. 12 e 29 della recente legge professionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, d. lgs. 139/2005).

2. Una volta richiamata la essenzialità della funzione regolamentare rispetto al fine di giungere ad un ordinamento professionale realmente funzionante e completo, occorre domandarsi a chi spetti adottare i regolamenti che disciplinano la vita professionale dell'avvocato. Le soluzioni possono essere due. In base alla prima opzione, i regolamenti sono emanati dagli organi rappresentativi della professione, quali enti esponenziali della comunità dei professionisti. Si tratta dell'opzione di più alto valore, perché è quella che dà più completa



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

attuazione a dei precisi principî costituzionali, in particolar modo quello della libera organizzazione dei corpi sociali e quello della valorizzazione delle cosiddette “società intermedie”, ossia delle forme di organizzazione sociale e giuridica che collegano Stato e cittadino. Va, tra l’altro, ricordato come la Costituzione e la legislazione prediligano chiaramente forme di sussidiarietà tra Stato ed enti esponenziali allorquando si tratta di organizzare funzioni costituzionalmente rilevanti: si pensi non solo alla amplissima potestà regolamentare del CSM (cfr. gli artt. 11 e 19 del d. lgs. 160/06, solo per citare alcune delle materie più delicate), ma anche alla completa libertà di attuazione dei principî costituzionali che la Carta fondamentale riconosce a partiti e sindacati, i quali – ancorchè non strutturati come enti pubblici – sono pur sempre titolari di un ruolo di forte interazione con il potere pubblico.

Nel caso degli organi rappresentativi della comunità dei professionisti va considerato anche l’elemento da ultimo cennato, ossia che gli ordini sono stati da sempre configurati dal legislatore come enti pubblici; da un lato, dunque, il loro operato è sottoposto al controllo da parte del Ministero vigilante, dall’altro lato i loro atti a carattere regolamentare sono suscettibili di esame da parte del Giudice Amministrativo.

Tutti elementi, questi, che possono far propendere per l’attribuzione del potere regolamentare in materia di attuazione dell’ordinamento professionale agli organi rappresentativi dell’Avvocatura.

Lo stesso avviene, peraltro, anche nella professione di dottore commercialista; come accennato, il recente ordinamento professionale dei commercialisti prevede la devoluzione di una ampia serie di materie alla potestà regolamentare del Consiglio nazionale della categoria. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non ha avuto nulla da eccepire in questo caso; non si vede perché debba ora avere obiezioni a proposito del progetto di riforma della professione forense, quasi che fosse possibile distinguere figli e figliastri.

Peraltro, la devoluzione di talune materie all’autonomia regolamentare della categoria è metodo non solo consentito ma anzi auspicato dalla Direttiva Bolkestein, come già ripetutamente confermato proprio dalla giurisprudenza comunitaria a proposito della compatibilità di un sistema di tariffe inderogabili nei minimi.

Se non si condivide la prima soluzione, l’unica alternativa possibile è che i regolamenti vengano demandati al Ministro della Giustizia, il quale li approverebbe con proprio decreto o li proporrebbe al Consiglio dei Ministri, per l’adozione di un regolamento ai sensi dell’art. 17 della legge 400/1988, da emanarsi nelle forme di un decreto del Presidente della Repubblica (DPR).

Quest’opzione rappresenterebbe probabilmente un netto passo indietro dal punto di vista dell’evoluzione del sistema giuridico, poiché assoggetterebbe la classe forense ad una direzione organizzativa del Governo (e non più ai soli poteri di vigilanza di quest’ultimo sugli ordini), creando così una struttura più rigida e meno idonea a garantire la libertà e



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

l'indipendenza degli avvocati. Inoltre, considerando l'assoluto dominio degli uffici legislativi dei ministeri da parte dei magistrati, la soluzione determinerebbe l'anomalia di regolamenti dell'Avvocatura predisposti da magistrati. Ancora, un'organizzazione della professione imposta dagli uffici governativi renderebbe molto più complesso l'adattamento delle norme regolamentari ove ne sorgesse l'esigenza, essendo noto come assai più lungo e tortuoso sia l'*iter* necessario a sensibilizzare gli uffici ministeriali a provvedere. Ogniqualevolta dall'Avvocatura giungono alla stampa o all'opinione pubblica segnali di disarmonia o dichiarazioni che paiono delineare conflitti interni alla categoria circa la competenza regolamentare, si rischia di perdere, nel prosieguo dell'*iter* del d.d.l., una funzione fondamentale, quale quella organizzativa, a favore del potere governativo, il quale accetterebbe probabilmente di buon grado uno strumento di influenza in più.

3. Per concludere il ragionamento sulla base degli elementi che si sono finora indicati, è il caso di specificare a quale "livello di governo" debba spettare la potestà regolamentare ed in relazione a quali aspetti, per spiegare quali siano le scelte sottese al d.d.l. di riforma all'esame del Senato.

Anche su questo aspetto l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale è particolarmente chiaro in punto a competenza del livello nazionale circa «*l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e i titoli abilitanti*», «*per il suo carattere necessariamente unitario*» (tra le più recenti cfr., *ex multis*, ord. 189/2009, sentt. 138/2009, 57/2007 e 424/2006). Anche se ovviamente tale giurisprudenza si riferisce alla legge statale, come fonte della disciplina professionale, in funzione di limitazione delle potestà legislative regionali. È evidente che se non vi fosse una competenza regolamentare unitaria, per quanto attiene alla definizione in concreto delle modalità di esercizio della professione, come anche della formazione, dell'accesso, dei titoli specialistici e di altri punti fondamentali, non si avrebbe più una figura "unica" di avvocato.

Va richiamato, ancora una volta, l'importante precedente del nuovo ordinamento dei dottori commercialisti del 2005, nel quale molti sono i passi avanti compiuti sia in termini di delegificazione (e dunque di semplificazione normativa) sia di chiarificazione del confine tra le competenze nazionali e quelle locali e dove "una delle più significative innovazioni che quell'ordinamento professionale presenta è quella del rafforzamento dello spazio di autonomia che la legge, suprema regolatrice della libera professione, lascia alle istituzioni rappresentative della professione o, in altre parole, all'autonomia della professione stessa. La eventuale devoluzione di poteri regolamentari al Consiglio nazionale non sarebbe insomma una stranezza di un legislatore reticente ad assumersi le sue responsabilità, ma rappresenterebbe lo sviluppo costituzionalmente conseguente del principio di autonomia



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.”¹. Né d'altro canto può essere trascurato l'autorevole insegnamento per cui “gli ampi poteri di autogoverno” di cui godono gli ordini professionali va ascritto alle risorse degli “ordinamenti democratici” così come “al vigore delle tradizioni e all'elevatezza della sensibilità sociale degli appartenenti ai gruppi professionali”².

Per concludere questa breve ricognizione del quadro di riferimento normativo sul potere regolamentare in tema di ordinamento professionale, deve ricordarsi che in alcune importanti materie l'attività regolamentare non è affatto libera, ma – al contrario – è sottoposta a vincoli, sia di carattere nazionale che comunitario.

Si consideri, ad esempio, la questione della formazione permanente: il Regolamento che ne prevede le forme, a tutti noto, è stato emanato dal CNF anche in considerazione della necessità di allinearsi a degli *standard* garantiti da pressoché tutte le altre professioni intellettuali; esso era stato, peraltro, sollecitato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (si rimanda, in particolare, all'audizione del CNF presso l'AGCM del gennaio 2007) quale strumento per rafforzare e garantire la qualità delle prestazioni legali. Tale autorità, che pure ha dimostrato tutt'altro che simpatia per gli organi rappresentativi delle libere professioni, ha data per scontata la necessità di una normativa regolamentare uniforme (almeno nei principî di base) su base nazionale.

4. La Commissione composta da tutte le componenti dell'Avvocatura che, nei primi mesi del 2009, ha esaminato il testo con attenzione e appassionato confronto, ha introdotto nella proposta di legge un procedimento innovativo per l'adozione dei regolamenti.

Esso ha i caratteri di un vero e proprio coinvolgimento decisionale delle diverse componenti del mondo forense, con un garantismo democratico del tutto nuovo nell'ambito degli ordinamenti delle professioni.

La norma prevede che i regolamenti attuativi della legge siano approvati dal CNF, dopo una prima consultazione, tramite la richiesta di un parere a tutti i Consigli dell'Ordine e l'interpello delle associazioni forensi maggiormente rappresentative, della Cassa di previdenza e dell'organismo nominato dal congresso; dopo un'ulteriore consultazione, con la convocazione di una commissione apposita, composta da un delegato di ciascuna regione per gli ordini circondariali e da un delegato per ciascuno degli altri soggetti già sentiti in prima consultazione, e l'acquisizione di un secondo parere. Si tratta, come si vede, di un'apertura senza molti eguali nel panorama normativo attuale, che permette di far convergere sui regolamenti attuativi della nuova legge professionale il consenso di tutte le anime dell'Avvocatura, tanto quella istituzionale che quella associativa. Proprio l'esito così

¹ G. Colavitti, Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, in “Dottori commercialisti ed esperti contabili”, a cura di Proietti, Colavitti, Comoglio e Police, Giuffrè 2009, pag. 83 e segg.

² A. Sandulli, Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione, in Giust. Civ., 1961, 616 ss., ibidem pag. 84.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

articolato della norma sul procedimento di approvazione dei regolamenti dovrebbe tranquillizzare chi sostiene che il CNF non sarebbe in grado di approvare i regolamenti attuativi in quanto esercita la funzione di giudice speciale in materia disciplinare. In realtà l'autorità del CNF di emanare il codice deontologico, che è esplicativo ed integrativo della legge professionale secondo il costante insegnamento dalla giurisprudenza della Cassazione a sezioni unite, non è mai stata messa in discussione. Non si vede pertanto perché l'Avvocatura non possa svolgere la stessa funzione anche rispetto alle norme di carattere organizzativo e regolamentare, che assai meno hanno a che fare con la materia disciplinare in sé. Deve comunque aggiungersi che, allo stato attuale il testo presenta una tipologia varia di regolamenti di attuazione, che anzi meriterebbe di essere razionalizzata. Oltre ai regolamenti del CNF di cui si è detto, è previsto in qualche caso un decreto ministeriale previo parere CNF e Commissioni parlamentari competenti. Il parere CNF è rilasciato dopo avere sentito i consigli dell'ordine territoriali e le associazioni forensi maggiormente rappresentative (cfr. art. 1, comma 3, e comma 3bis). Sono poi previsti moltissimi altri regolamenti, che hanno la forma più disparata: oltre ai regolamenti adottati direttamente dal CNF, o adottati dal Ministro con DM su proposta del CNF. In un caso il regolamento è adottato anche previo parere del CSM (per il tirocinio presso uffici giudiziari).

5. Si riepilogano qui le principali materie che, nell'impianto della nuova legge professionale, dovrebbero ricevere una normazione di dettaglio tramite regolamenti di carattere nazionale:
- a) soggetti che possono costituire o aderire a società multidisciplinari (art. 4);
 - b) costituzione di associazioni in partecipazione (art. 4);
 - c) disciplina dei titoli di specialista (art. 8);
 - d) modalità e condizioni per l'assolvimento dell'obbligo di formazione continua (art. 10);
 - e) criteri per stabilire l'esercizio continuativo della professione (art. 19);
 - f) criteri e modalità di selezione per conseguire il titolo di cassazionista (art. 20);
 - g) modalità di tenuta delle scritture contabili degli ordini (art. 22);
 - h) procedure per lo svolgimento delle elezioni forensi (art. 23 e 26);
 - i) regole per le assemblee degli iscritti (art. 25);
 - j) determinazione delle regole generali per la costituzione di organismi di conciliazione presso i COA (art. 27, lett. n);
 - k) regolamento interno del CNF (art. 32);
 - l) riscossione del contributo annuale degli iscritti (art. 33, c. 3);
 - m) test di ingresso per il tirocinio professionale (art. 40 n.3);
 - n) criteri generali del tirocinio (art. 40, c. 11);
 - o) modalità di istituzione e contenuti dei corsi di formazione (art. 42);
 - p) modalità di composizione del collegio istruttore di disciplina (art. 50 n.8);
 - q) funzionamento, organizzazione e spese dei collegi disciplinari istruttori e giudicanti (art. 50, c. 14).



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Questo elenco è significativo ai fini dell'individuazione dell'ottica di sussidiarietà che si è seguita nelle scelte normative, evidenziando quali siano i profili che necessitano di una regolamentazione uniforme a livello nazionale e lasciando ogni altro aspetto alla potestà normativa di dettaglio dei Consigli circondariali.

Questo principio è, del resto, espressamente sancito ad opera dell'art. 27, comma 1, lett. b, il quale attribuisce la potestà regolamentare residuale ai Consigli dell'Ordine, in tutte le materie ove non vi sia una competenza unitaria nazionale.

La fissazione delle questioni demandate al regolamento, va ricordato, riflette l'esperienza degli ultimi decenni di prassi applicativa. Non va, infatti, mai dimenticato come il recente passato sia stato caratterizzato da delicate questioni, che la legge professionale del 1933 non permetteva di risolvere con certezza e che hanno formato oggetto di ripetuti quesiti degli Ordini al CNF, di ricorsi giurisdizionali e di lunghi dibattiti.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Scheda n. 2

LA QUESTIONE DELLA SOGGEZIONE A RISERVA DELLA CONSULENZA LEGALE

Sommario: 1. Indifferenza dell'ordinamento comunitario alla disciplina della riserva. 2. La concezione unitaria della professione forense. 3. La normativa antiriciclaggio. 4. Le conferenti pronunce della Cassazione. 5. Il *leading case* delle farmacie. 6. Gli scenari futuri.

1. Deve innanzi tutto contestarsi decisamente che l'ordinamento comunitario osti ad una scelta del legislatore nazionale di sottoporre a riserva l'attività di consulenza legale, se svolta professionalmente.

Basti al riguardo considerare il più recente e politicamente significativo atto normativo comunitario di indirizzo in tema di servizi professionali e di liberalizzazione degli stessi: la Direttiva Bolkestein, ovvero la direttiva 2006/123/CE recepita in Italia con il d. lgs. n. 59 del 2010, entrato in vigore l'8 Maggio 2010.

Sotto il profilo qui indicato, la direttiva servizi non prende posizione, o se la prende, lo fa in modo coerente con la tradizione normativa italiana in materia di libere professioni.

La controprova di tale ragionamento è offerta dalla lettura stessa della direttiva. Ai sensi di uno specifico considerando, il n. 88, sono compatibili con essa sistemi normativi nazionali che addirittura sottopongono a riserva l'attività di consulenza legale: *"88. La disposizione sulla libera prestazione di servizi non dovrebbe applicarsi nei casi in cui, in conformità del diritto comunitario, un'attività sia riservata in uno Stato membro ad una professione specifica, ad esempio qualora sia previsto l'esercizio esclusivo della consulenza giuridica da parte degli avvocati"*. Il che accade, per esempio, in Portogallo, con la legge 24 agosto 2004 n. 49. Ciò che importa sottolineare è che la disposizione appena citata conferma come un Paese può introdurre una simile riserva di attività *"in conformità al diritto comunitario"*.

2. Esistono numerose ragioni che depongono a favore di una eventuale scelta del legislatore nazionale a favore dell'esplicito assoggettamento a riserva della consulenza legale.

La prima ragione consiste nella doverosa concezione unitaria della professione forense.

Tale visione non appartiene ai desiderata della categoria, ma è radicata nell'ordinamento, è immanente, potremmo dire, alla logica del sistema: che logica vi è nel radiare dall'albo un professionista che si macchi di gravi responsabilità disciplinari, se questi, appena subita la sanzione, può tranquillamente fornire pareri legali alla clientela? Quale tutela della fede pubblica realizza una situazione quale quella da ultimo descritta? La professione forense è un'insieme di attività che devono essere considerate unitariamente, in maniera onnicomprensiva; basti avere riguardo ad una serie di elementi, che non sono rivendicazioni corporative, ma dati di diritto positivo. La professione, infatti è:



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

- oggetto di tassazione senza differenze
- oggetto di prelievo previdenziale, senza differenze
- oggetto di responsabilità civile e penale, senza differenze
- oggetto di responsabilità deontologica, senza differenze.

La distinzione, dunque, tra attività giudiziale e stragiudiziale, ha carattere meramente fattuale, salve le disposizioni speciali che riguardano la partecipazione dell'avvocato al giudizio nella qualità di rappresentante e di difensore. Ma queste regole riguardano il processo, non la categoria professionale, e neppure la natura giuridica dell'attività, in quanto tale.

La consulenza legale, infatti, come ogni prestazione professionale dell'avvocato, è oggetto di uno specifico contratto che ha regole sue proprie: il contratto di prestazione professionale, che può essere forse considerato un tipo speciale di contratto d'opera. In questo contratto assume un rilievo determinante il profilo soggettivo di una delle due parti contrattuali: deve trattarsi di soggetto che ha non solo una particolare qualificazione tecnico-culturale, ma che si muove nella vicenda in questione in condizioni di indipendenza e autonomia intellettuale. Tutte condizioni che debbono presidiare non solo alla attività giudiziale, ma anche alle attività di assistenza e consulenza, se correttamente intese.

3. Anche sul fronte dell'antiriciclaggio, le direttive europee in materia, e gli atti italiani di recepimento presentano una concezione unitaria della professione: infatti, sono esonerate dall'obbligo di segnalazione non solo le informazioni acquisite dall'avvocato nel corso della difesa giudiziale, ma anche quelle raccolte nell'"esame della posizione giuridica del cliente", cioè nell'attività di consulenza legale.
4. Deve peraltro segnalarsi che non sono mancate pronunzie giudiziali che hanno riconosciuto – già allo stato attuale della legislazione vigente – la soggezione a riserva dell'attività di riserva svolta professionalmente. Si consideri innanzi tutto il bene giuridico tutelato dalla norma di cui all'art. 348 cp (e a ben vedere dall'intero impianto dell'assetto normativo delle professioni regolamentate), cioè quello della *"necessità di tutelare il cittadino dal rischio di affidarsi, per determinate esigenze, a soggetti inesperti nell'esercizio della professione, o indegni di esercitarla"*; *"la libera professione, per la sua naturale attitudine a soddisfare bisogni collettivi rilevanti anche per l'interesse generale della comunità, e per la funzione di mediazione che spesso svolge tra lo Stato e il cittadino, ha una rilevanza sociale e pubblica"*. Così, espressamente, Cassazione, sentenza n. 1151/02.

Il punto è la protezione del ragionevole affidamento del cittadino che, dovendo usufruire di una prestazione professionale, si rivolge ad un professionista che ha superato un esame di Stato di abilitazione, e che è membro di un ordinamento sezionale che lo assoggetta ad una serie di prescrizioni di ordine deontologico e ad un sistema - il procedimento disciplinare - che può rilevare e far valere le violazioni dei suoi doveri.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Da qui la distinzione tra atti riservati espressamente dalla legge agli iscritti negli albi, ed atti non riservati ma comunque caratteristici della professione, ed il cui compimento può essere considerato libero solo se non condotto in forma sistematica ed organizzata, e dietro corrispettivo. Solo, insomma, se non è svolto in modo professionale.

Più recentemente, la Corte di Cassazione - con la sentenza n. 9237/2007 della terza sezione civile – ha superato l’ambiguità sul sistema delle competenze professionali, dovute alla tradizionale incertezza sulla ripartizione tra prestazioni “riservate” e prestazioni “protette”. Come afferma la Corte, *“le attività di assistenza e consulenza in materia legale e tributaria rientrano tra le prestazioni professionali protette che possono essere svolte soltanto da professionisti iscritti ai relativi albi”*.

5. Da ultimo, può essere utile ricordare una fondamentale pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione, che non riguarda l’avvocato, bensì il farmacista, ma che per la sua importanza è senz’altro destinata a diventare un leading case nella materia delle attività riservate (Corte di Giustizia UE, 19 maggio 2009, nella causa C-531/06). Il giudizio aveva ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell’art. 226 CE, proposto il 22 dicembre 2006 dalla Commissione delle Comunità europee, contro la Repubblica italiana, avendo questa mantenuto in vigore:

- una legislazione che riserva il diritto di gestire una farmacia al dettaglio privata alle sole persone fisiche laureate in farmacia e alle società di gestione composte esclusivamente da soci farmacisti;
- disposizioni legislative che sanciscono l’impossibilità, per le imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici, di acquisire partecipazioni nelle società di gestione di farmacie comunali, venendo meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43 CE e 56 CE.

Osserva la Corte: *“...riguardo al gestore che possiede la qualità di farmacista, come non si possa negare che esso persegua, come altre persone, una finalità di lucro.*

Tuttavia, in quanto farmacista di professione, si ritiene che quest’ultimo gestisca la farmacia in base non ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un’ottica professionale. Il suo interesse privato, connesso alla finalità di lucro, viene quindi temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che un’eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non soltanto il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale.

A differenza dei farmacisti, i non farmacisti non hanno, per definizione, una formazione, un’esperienza e una responsabilità equivalenti a quelle dei farmacisti. Pertanto si deve constatare che essi non forniscono le stesse garanzie fornite dai farmacisti.

Di conseguenza uno Stato membro può ritenere, nell’ambito del suo margine di discrezionalità, che la gestione di una farmacia da parte di un non farmacista, a differenza della gestione affidata ad un farmacista, possa rappresentare un rischio per la sanità



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

pubblica, in particolare per la sicurezza e la qualità della distribuzione dei medicinali al dettaglio, poiché la finalità di lucro, nell'ambito di una siffatta gestione, non incontra elementi temperanti quali quelli più sopra ricordati.

Uno Stato membro può pertanto, in particolare, nell'ambito di detto margine di discrezionalità, valutare se un tale rischio esista con riferimento ai produttori e ai commercianti all'ingrosso di prodotti farmaceutici, per il motivo che questi ultimi potrebbero pregiudicare l'indipendenza dei farmacisti stipendiati incitandoli a promuovere i medicinali da essi stessi prodotti o commercializzati. Del pari, uno Stato membro può valutare il rischio che i gestori non farmacisti compromettano l'indipendenza dei farmacisti stipendiati, incitandoli a smerciare medicinali il cui stoccaggio non sia più redditizio, o procedano a riduzioni di spese di funzionamento che possono incidere sulle modalità di distribuzione al dettaglio dei medicinali..”.

6. È di tutta evidenza che le considerazioni qui offerte sono potenzialmente suscettibili di estensione analogica anche ad altre professioni, in ispecie a quelle, come l'avvocato, il cui esercizio incide su di un diritto fondamentale quale il diritto di difesa. Occorre pertanto riconoscere, con la Corte di giustizia, che il diritto comunitario non osta ad una legislazione nazionale che riservi l'esercizio di attività professionali incidenti su di ritti fondamentali ad una categoria di soggetti particolarmente qualificata e soggetta a severi regimi di responsabilità.

Il dibattito è dunque aperto in tutta Europa. In Portogallo, come accennato, la legge 24 agosto 2004 n. 49 ha espressamente riconosciuto agli avvocati l'esclusiva per l'attività di consulenza svolta in forma professionale, ribadendo la legittimazione processuale dell'ordine per reprimere i contegni abusivi. Si ritiene pertanto che la riforma dell'ordinamento forense possa validamente contemplare la soggezione a riserva dell'attività di consulenza legale, se svolta in modo continuativo e professionale. Da ultimo si voglia considerare una notazione *de iure condendo*, in riferimento agli scenari prossimi nei quali il mestiere intellettuale di avvocato, con tutta probabilità, è destinato ad inserirsi. Si dice da più parti che l'area della giurisdizione è troppo ampia, che occorre deflazionare la macchina della giustizia, che vanno potenziate e sviluppate tutte le tecniche di modalità di risoluzione alternativa delle controversie, prima e fuori dal processo. Si consideri al riguardo la disciplina della media-conciliazione, che entrerà in vigore nei primi mesi del 2011, e nell'ambito della quale il legislatore ha evitato di inserire la necessità di patrocinio tecnico. In questo quadro, il mancato riconoscimento della natura delle attività di consulenza può ulteriormente restringere il campo di attività dell'avvocato, confinandolo sempre più nella “riserva indiana” del processo, non cogliendo come la funzione di cura degli interessi della parte necessita dell'avvocato anche prima e al di fuori della fase giudiziale.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Scheda n. 3

LE TARIFFE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E NELLA GIURISPRUDENZA DI CASSAZIONE

Sommario: 1. La sentenza Arduino (2002). 2. La sentenza Cipolla Macrino (2006). 3. La giurisprudenza comunitaria e il Decreto Bersani. 4. La giurisprudenza della Cassazione.

1. Il primo capitolo di questa vicenda è venuto dalla oramai risalente e assai nota sentenza *Arduino* del 2002 (causa C-35/99).

Il giudice remittente, in quel caso, aveva adito la Corte del Lussemburgo per far rilevare la asserita violazione dell'art. 85 trattato CE da parte della normativa italiana in materia di tariffe forensi, deducendo che queste, adottate da un ente qualificabile come associazione di imprese (il Consiglio nazionale forense) integrerebbero intese restrittive della libertà di concorrenza. In buona sostanza l'oggetto del contendere era proprio la compatibilità con il quadro normativo comunitario del sistema tariffario vigente in Italia per l'esercizio della professione forense. Ovvero la compatibilità con il quadro comunitario di un elemento normativo di notevole importanza per la definizione del modello ordinistico italiano: la sentenza era infatti particolarmente attesa in Italia, dove da alcuni anni, a partire da una indagine conoscitiva avviata nel 1994 dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, si dibatte intorno al sistema degli ordini professionali.

La conclusione cui è arrivata la Corte è la piena compatibilità dei sistemi tariffari con il diritto comunitario della concorrenza, nel momento in cui afferma che "*gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 CE e 81 CE) non ostano all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata*".

Da ciò l'importante conseguenza che non spetta al giudice nazionale compiere una valutazione caso per caso e applicare o disapplicare le tariffe se non ha motivo di ritenere che siano state adottate nell'interesse nazionale. La valutazione l'ha già compiuta una tantum la Corte di giustizia.

La linea argomentativa sostenuta dalla Corte poggiava fondamentalmente sul riconoscimento del fatto che le tariffe professionali, seppur proposte dall'ordine, sono comunque approvate dal Ministro della Giustizia, dietro parere del Consiglio di Stato e del CIP, e che dunque l'atto è sostanzialmente oltre che formalmente imputabile ad un'autorità dello Stato. Ciò impedirebbe di riconoscerne l'origine in organismi espressione della categoria che rende le prestazioni professionali e che avrebbe perciò interesse a promuovere



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

intese restrittive della concorrenza. Peraltro l'art. 60 del regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 dispone che la liquidazione degli onorari sia effettuata dagli organi giudiziari in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del medesimo decreto legge, tenuto conto della gravità e del numero delle questioni trattate. Inoltre, in talune circostanze eccezionali, il giudice può, con una decisione debitamente motivata, derogare ai limiti minimi fissati in applicazione dell'art. 58 del R.D.

Pertanto non si può ritenere che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il proprio potere delegando ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico, cosa che avrebbe portato a privare del suo carattere pubblico la normativa di cui trattasi.

Per le ragioni indicate, non può essere nemmeno addebitato allo Stato italiano di imporre o di favorire la conclusione, da parte del CNF, di intese in contrasto con l'art. 81 CE o di rafforzarne gli effetti, né di imporre o favorire abusi di posizione dominante in contrasto con l'art. 82 CE, o di rafforzarne gli effetti.

2. Un secondo episodio fondamentale in questa vicenda è rappresentato da una decisione più recente, la sentenza *Cipolla e Macrino* (cause C-94/04 e C-202/04).

La sentenza non contiene la condanna del sistema tariffario che alcuni auspicavano e che taluni cercano di intravedervi.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale, quanto alle questioni sollevate nel caso *Cipolla*, erano state nel senso di riaffermare il principio espresso dalla Corte nel caso *Arduino* e quindi di legittimare il regime tariffario solo se sottoposto ad un effettivo controllo dello Stato e la sua applicazione da parte del giudice conforme al diritto della concorrenza (artt. 10 e 81 TCE).

La Corte ha seguito questo suggerimento e, mantenendo ferma la propria giurisprudenza – cioè non modificando né smentendo la propria posizione assunta nel caso *Arduino* – ha confermato che il sistema tariffario proposto dal Consiglio Nazionale Forense e poi disposto con decreto da parte del Ministro Guardasigilli non è in contrasto con il diritto comunitario, *sub specie* di diritto della concorrenza, né per le tariffe minime previste per le attività riservate, cioè per l'attività giudiziale, né per le tariffe previste per le attività libere, quali l'attività stragiudiziale.

Un sistema tariffario comprensivo di minimi inderogabili è dunque ammissibile, secondo la Corte, purché siano rilevabili uno o più dei seguenti motivi di pubblico interesse:

- (i) tutela dei consumatori;
- (ii) buona amministrazione della giustizia.

La giurisprudenza comunitaria sembra avere raggiunto sul punto un esito ormai consolidato, tanto è vero che successive pregiudiziali comunitarie in tema di tariffe sono state decise



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

rapidamente con ordinanza (cfr. ordinanze 17 febbraio 2005 in causa C/-250/03) e 5 maggio 2008 In causa C-386/07).

3. Senza dover arrivare quindi alla conclusione un po' semplicistica che vorrebbe individuare vincitori e vinti all'esito della vicenda giudiziaria, si deve però riconoscere, senza infingimenti e "distinguo", che la Commissione ha avuto torto nel sostenere la violazione della normativa comunitaria (sia in punto di libera concorrenza sia in punto di libera prestazione dei servizi) per il solo esistere delle tariffe forensi; che il Governo italiano che aveva sostenuto le buone ragioni dell'Avvocatura ha avuto ragione; che la nuova normativa interna (il decreto Bersani) introdotta in via d'urgenza e sotto il vincolo della fiducia, senza attendere (si sarebbe trattato di sei mesi) l'esito dei due procedimenti, ora appare di ancor più difficile giustificazione.

All'esito di questo ragionamento sul terreno del diritto comunitario, allora, bisogna evidenziare che la responsabilità delle scelte operate con le atipiche norme del "decreto Bersani" è integralmente del legislatore (*rectius* dell'Esecutivo, che ha ottenuto la ratifica sommaria del Legislatore su una serie eterogenea di disposizioni) che ha voluto mascherare con l'interesse del consumatore e con gli obblighi comunitari di natura concorrenziale l'introduzione di norme che ora si rivelano ultronee rispetto a tali vincoli ed interessi.

4. A conferma di tale linea, si segnala la giurisprudenza della Corte di cassazione, sez. unite, sent. 11 settembre 2007, n. 19014, che ha confermato la legittimità della disciplina delle tariffe come prevista dalla legge professionale, sottolineando che la disciplina consente al giudice una valutazione sufficientemente discrezionale per la determinazione in giudizio delle spese di lite, e quindi anche dei compensi professionali dei difensori, ed ha riaffermato i principi di adeguatezza e proporzionalità a cui la disciplina si ispira.

Ancora la Cassazione, con sentenza 15 aprile 2008 n. 9878, in materia di tariffe notarili, ha richiamato la giurisprudenza comunitaria per rilevare la compatibilità del precedente sistema con il Trattato.

5. Da ultimo, è intervenuta pochi giorni or sono la sentenza Cass. Sez. lav. 20269/2010, che si segnala per la sua rilevanza generale. La sentenza:
 - a) conferma che il quadro comunitario non osta ad un sistema di tariffe minime, anzi lo giustifica pienamente per ragioni di interesse pubblico quali la corretta amministrazione della giustizia e la tutela del consumatore;
 - b) smentisce la lettura che il governo diede della sentenza cipolla - macrino (dic 2006), confermando quella fornita dal CNF;
 - c) dice chiaramente che, in via generale ed astratta, un sistema di tariffe minime tutela l'interesse a evitare una concorrenza al ribasso a discapito della qualità della prestazione.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Recita la sentenza: “la conformità al principio comunitario della libera concorrenza di quelle norme del diritto interno in virtù delle quali è imposta la inderogabilità dei minimi di tariffa forense, costituisce orientamento confermato dalla più recente sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006”. Non ci sono più dubbi: aveva ragione chi riteneva che il diritto comunitario non imponesse di rimuovere la norma sui minimi, ed aveva torto chi riteneva che la si dovesse abrogare per violazione del Trattato, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell’apprezzare l’opportunità o meno della misura. La garanzia della tutela della qualità della prestazione professionale a tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia sono – ha detto ieri la Corte di giustizia, e dice oggi la Cassazione – “le ragioni imperative di interesse pubblico” che giustificano una limitazione del principio di libera prestazione di servizi ad opera di una norma interna che fissi minimi inderogabili. Ma la pronuncia non si ferma qui. La Cassazione si pone sulla scia della scelta operata a Lussemburgo e si assume l’onere di attuarla entrando nel merito della situazione italiana, e calando nel contesto socioeconomico nazionale il principio affermato per tutta l’Unione dalla Cipolla Macrino. Spetta al giudice nazionale – aveva detto la Corte di giustizia – valutare se le ragioni di interesse pubblico che in astratto possono giustificare un regime di minimi tariffari sono rinvenibili in concreto, in ciascun Paese. La Cassazione non si tira indietro, e sviluppando uno spunto già proprio della Cipolla Macrino (il numero dei legali), la completa e la prosegue, affermando che “pur non essendo una garanzia della qualità dei servizi non si può certo escludere - ed anzi deve affermarsi - che nel contesto italiano, caratterizzato da una elevata presenza di avvocati, le tariffe che fissano onorari minimi consentano di evitare una concorrenza che si traduce nell’offerta di prestazioni “al ribasso”, tali da poter determinare un peggioramento della qualità del servizio”.

“Non si può certo escludere – ed anzi deve affermarsi”, dice la Corte: e dunque ben può il legislatore prevedere minimi inderogabili senza paura di violare il diritto comunitario, perché appunto i fenomeni di offerte al ribasso che la rimozione dei minimi inevitabilmente comporta possono incidere negativamente sulla qualità del servizio, in danno dell’utente consumatore.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Scheda n. 4

LA PUBBLICITÀ DELL'AVVOCATO

La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza, oggi incorporata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione distingue la libertà professionale dalla libertà d'impresa, e colloca l'esercizio di una professione liberamente scelta o accettata nell'ambito del diritto di lavorare. Questo diritto/libertà viene riconosciuto ad ogni individuo, e non solo ai cittadini dell'Unione, a questi si garantisce la libertà di stabilirsi o di prestare servizi in qualsiasi Stato membro.

Se osserviamo più da vicino la questione della pubblicità, rileviamo come la direttiva CE n.123 d.d. 12/12/2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. Direttiva Bolkestein), sopprime ogni divieto in materia di pubblicità, ed in tal senso l'art. 24 si riferisce esplicitamente alle professioni regolamentate. Tuttavia vi è un importante temperamento all'art.24 c. 2, che impone la conformità del messaggio alle regole professionali, tenendo conto della specificità della professione, nonché della indipendenza, della integrità, della dignità e del segreto professionale. Fra l'altro la direttiva quando fa riferimento ai professionisti, non usa il termine pubblicità, ma l'espressione "*comunicazione commerciali emananti dalle professioni regolamentate*"

Quindi la direttiva Bolkestein pone limiti assolutamente peculiari alla pubblicità nelle professioni, che distingue chiaramente dalla pubblicità strettamente commerciale, sul punto si legga anche il considerando n. 96, secondo cui "*le informazioni che il prestatore ha l'obbligo di rendere disponibili nella documentazione con cui illustra in modo dettagliato i suoi servizi non dovrebbero consistere in comunicazioni commerciali di carattere generale come la pubblicità, ma piuttosto in una descrizione dettagliata dei servizi proposti*", dunque netta distinzione tra concetto di pubblicità commerciale e pubblicità, o meglio comunicazione, informativa, che fra l'altro, come visto, va regolamentata dai codici deontologici.

Vale ora soffermarsi sulla direttiva 2005/29/CE d.d. 11 maggio 2005, " relativa alle pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti", che ribadisce importanti concetti in tema di pubblicità, quali il divieto della pubblicità ingannevole, della pubblicità molesta, della pubblicità contraria alle norme di diligenza professionale.

Tale direttiva è stata attuata con D.L. 02/08/07 n. 146 che regola le c.d. pratiche commerciali.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Lo stesso definisce la diligenza professionale come “il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”.

Secondo tale decreto sono considerate, fra le altre, pratiche commerciali ingannevoli i contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione, qualora i costi siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore.

Ancora, viene considerata pratica commerciale aggressiva lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto.

Pratica aggressiva è anche quella di effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza.

Il richiamato decreto legislativo, poi, delinea i poteri di intervento, in materia di pratiche commerciali scorrette, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Rammentiamo anche il Decreto Legislativo 9 aprile 2003 N. 70 (attuazione della direttiva 2000/31/CE), avente ad oggetto taluni aspetti giuridici dei servizi della società della informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico (internet).

Tale decreto prevede all'art.10, che la comunicazione commerciale nelle professioni regolamentate *“deve essere conforme alle regole di deontologia professionale e in particolare all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi”*.

Richiamiamo in chiusura la sentenza della Corte di Giustizia Europea, sez. seconda, del 13 marzo 2008, nella causa n. 446/05, la quale afferma che una normativa nazionale (nella specie la legge belga 15 aprile 1958 relativa alla pubblicità in materia di cure dentistiche) che vieti a chiunque nonché ai prestatori di cure dentistiche, nell'ambito di una libera professione o di uno studio dentistico, di effettuare qualsivoglia pubblicità nel settore delle cure dentistiche, non contrasta con l'art. 81 del Trattato che tutela la libera concorrenza all'interno del mercato unico.

Insomma, sia le fonti europee, che le fonti interne, distinguono chiaramente la pubblicità commerciale dall'attività informativa dell'Avvocato.

La norma del codice deontologico, nella versione approvata nel 1997, recitava recisamente *«È vietata qualsiasi forma di pubblicità dell'attività professionale»*.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

I notevoli mutamenti del contesto socio-economico degli ultimi anni ed una forte pressione di alcuni settori dell'opinione pubblica hanno condotto il C.N.F. a modifiche, in senso ampliativi, delle facoltà comunicative del professionista.

Fino al 2006 il codice deontologico elencava puntualmente i mezzi attraverso i quali era possibile comunicare a terzi l'attività dello studio. Erano sostanzialmente esclusi i *mass media*, con l'eccezione di «gli annuari professionali, le rubriche telefoniche, le riviste e le pubblicazioni in materie giuridiche», ma anche «i siti web con domini propri e direttamente riconducibili all'avvocato, allo studio legale associato, alla società di avvocati, sui quali gli stessi operano una completa gestione dei contenuti e previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza».

Con l'ultima modifica, approvata dal C.N.F. il 14 dicembre 2006, si è affermato l'opposto principio, ossia quello della libertà di forme nella comunicazione di informazioni sull'attività professionale: attualmente l'iscritto può rendere nota l'attività dello studio legale con i mezzi più idonei purché si rispetti il precetto secondo cui «il contenuto e la forma dell'informazione devono essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e rispondere a criteri di trasparenza e veridicità» (art. 17 c.d.f.).

Più specificamente, quanto al contenuto «l'informazione deve essere conforme a verità e correttezza e non può avere ad oggetto notizie riservate o coperte dal segreto professionale», mentre rispetto alla forma ed alla modalità «l'informazione deve rispettare la dignità e il decoro della professione».

I principî di dignità, decoro e lealtà nello svolgimento (e nella comunicazione) delle attività professionali sono, nell'ottica della deontologia forense, superiori all'interesse all'acquisizione di nuova clientela (cfr., ad es., C.N.F., sent. 31 dicembre 2007, n. 268).

Un primo principio di carattere applicativo, dunque, è senz'altro quello di evitare che nella realizzazione ed erogazione del servizio possano esservi elementi in contrasto con le esigenze di decoro e dignità della professione (art. 5 c.d.f.), quali ad esempio espressioni eccessive o *banner* pubblicitari eticamente sensibili (si pensi a giochi d'azzardo, a prodotti alcolici o a possibili rinvii a siti di carattere erotico, solo per richiamare alcuni temi classici)³.

Il criterio a cui è informata la nuova disciplina è quello, quindi, di una tendenziale libertà dell'avvocato di informare nel modo che ritiene più opportuno circa le caratteristiche della propria attività professionale, ma la scelta di apertura non è valsa a trasformare la comunicazione consentita in "pubblicità", con ciò mantenendo un concetto negativo del confronto tra avvocati inteso come paragone tra prodotti, una forma di competizione evidentemente difficile da coniugare con l'attività di difesa dei diritti propria del legale.

³ Si tratta di preoccupazioni concrete. Ad esempio si consideri la recente sentenza C.N.F. 10 dicembre 2007, n. 211, con la quale il Consiglio nazionale ha condannato un professionista per aver inserito nel proprio sito *web* l'immagine della moglie in abiti succinti al fine di attrarre clientela.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Ritornando più specificamente alla facoltà dell'avvocato di utilizzare i mezzi che ritiene più opportuni per la realizzazione di una informazione circa la propria attività professionale, è evidente che si è voluto includere in tale ambito di libertà anche l'informazione attraverso i nuovi mezzi di comunicazione elettronica, ed in particolare con *internet*.

Nel susseguirsi delle modifiche è stata conservata una norma che specificamente riguarda l'utilizzo di siti *web* a scopi di informazione professionale. Si tratta del terzo comma dell'art. 17-bis c.d.f. (rubricato *Modalità dell'informazione*), il quale recita «*L'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti web con domini propri e direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso*».

La norma non comporta un impedimento per l'avvocato a comparire in siti gestiti da terzi, salvo il rispetto degli altri principi deontologici sul *quomodo* di tale presenza. Ciò che, invece, è interdetto nello spirito della norma è l'utilizzo surrettizio di siti di natura diversa (es. siti di informazione al cittadino, al consumatore oppure siti di consultazione su tematiche specifiche) per promuovere in realtà un'attività di studio legale; la pubblicità occulta o dissimulata è senz'altro contraria a quella lealtà e correttezza minime richieste al professionista forense.

Quest'ordine di considerazioni può giustificare appieno l'orientamento restrittivo assunto da alcuni ordini circondariali circa la consulenza legale via *web* quando realizzata attraverso siti di terzi (C.O.A. Pistoia, delib. 28 novembre 2003 e già C.N.F., par. 21 novembre 2001), la promozione dell'attività di uno studio legale realizzata all'interno di una rete telematica di un ente (C.O.A. Roma, 16 giugno 2005) oppure lo sfruttamento della qualità di *webmaster* o di curatore di un sito di attualità giuridica a scopi pubblicitari (C.N.F., par. 27 aprile 2005, n. 35 e C.O.A. Roma, par. 30 novembre 2006).

Il codice deontologico si occupa altresì di indicare il contenuto minimo della comunicazione informativa professionale.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Scheda n. 5

L'INDIPENDENZA DELL'AVVOCATO NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

Sommario: 1. Introduzione e oggetto. 2. Precedenti. 3. La Corte e l'indipendenza dell'avvocato. 4. L'analisi dell'Avvocato generale Kokott.

1. Con sentenza del 14 ottobre 2010, la Corte di giustizia si è pronunciata, in grado di appello, sul ricorso presentato dalle imprese Akzo Nobel e Akros contro una decisione della Commissione europea in materia di concorrenza. Il thema decidendum nel ricorso in questione era il seguente: se, nell'ambito di una procedura antitrust condotta dalla Commissione, debba considerarsi coperta dal segreto professionale la corrispondenza che intercorre fra un'impresa ed il proprio legale interno, qualora questo sia iscritto ad un albo professionale e soggetto ad un codice deontologico ed ai poteri di disciplina dell'ordine di appartenenza. Nel caso di specie, la Commissione aveva sequestrato nel corso di un ispezione cinque documenti scambiati fra l'impresa Akros ed il direttore del servizio giuridico della Akzo, iscritto all'ordine olandese col titolo di "advocaat in dienstbetrekking". Le imprese interessate avevano proposto ricorso innanzi al Tribunale dell'UE, che lo aveva rigettato. La Corte è stata dunque adita in grado d'appello, avverso la sentenza di rigetto emessa dal Tribunale.

2. La Corte ha rigettato il ricorso, basando la propria decisione sul proprio leading case in materia: la sentenza AM & S (Sentenza 18 maggio 1982, Causa 155/79, AM & S c. Commissione). Nella sentenza citata, la Corte aveva stabilito che nei procedimenti in materia di concorrenza la corrispondenza fra cliente ed avvocato è protetta dal segreto a condizione che ricorrano, cumulativamente, due condizioni: 1) che la consulenza cui la corrispondenza attiene sia chiesta e fornita nell'ambito dell'esercizio dei diritti della difesa e 2) che le comunicazioni provengano da, o siano dirette a, un avvocato esterno.

3. La Corte, nel dichiarare l'infondatezza gli argomenti delle imprese ricorrenti, ha esaminato i requisiti posti dalla propria giurisprudenza con riferimento allo status dell'avvocato, affermando che l'appartenenza ad un ordine professionale e la soggezione alle regole di deontologia e disciplina sono condizione necessaria, ma non sufficiente, perché un professionista possa essere ritenuto pienamente indipendente. La piena indipendenza si realizza solamente quando l'avvocato opera al di fuori da un rapporto subordinato con l'impresa, a prescindere dalle condizioni contrattuali che caratterizzano tale rapporto. Il rapporto di impiego di un avvocato pone il professionista in una situazione che, "per sua stessa natura, non consente all'avvocato interno di discostarsi dalle strategie commerciali perseguite dal suo datore di lavoro e che dunque influisce sulla capacità di agire con indipendenza professionale." La Corte rileva infine che la disciplina olandese, che



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

ammette all'esercizio della professione di avvocato i giuristi d'impresa, "non è in grado di garantire un'indipendenza comparabile a quella di un avvocato esterno" a favore degli stessi giuristi (cfr. punti da 42 a 47).

4. Di interesse, in quanto richiamata dalla Corte, l'analisi svolta dall'Avvocato generale Kokott, la quale ha proposto la tesi secondo la quale "il concetto di indipendenza dell'avvocato viene determinato non solo in positivo, mediante un riferimento alla disciplina professionale, bensì anche in negativo, vale a dire con la mancanza di un rapporto di impiego. Un avvocato interno, nonostante la sua iscrizione all'ordine forense e i vincoli professionali che ne conseguono, non gode dello stesso grado di indipendenza dal suo datore di lavoro di cui gode, nei confronti dei suoi clienti, un avvocato che lavora in uno studio legale esterno. Pertanto, per un avvocato interno è più difficile che per un avvocato esterno risolvere eventuali conflitti fra i suoi doveri professionali e gli obiettivi del suo cliente" (Sentenza, punto 45 e conclusioni, punti 60 e 61).

5. Il precedente conferma la positività dell'opzione accolta nel disegno di legge di riforma dell'ordinamento forense attualmente in discussione alla Camera, ovvero la incompatibilità dell'esercizio professionale con la condizione di dipendente (pubblico o privato), pure revocata in dubbio in una certa fase dei lavori parlamentari in Senato.

