

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

GIUSEPPE CARRARO

*Riflessioni su professione intellettuale forense,
liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*

CEDAM

RIFLESSIONI SU PROFESSIONE INTELLETTUALE FORENSE, LIBERALIZZAZIONE DEI COMPENSI E DISCIPLINA CONTRATTUALE [★]

di GIUSEPPE CARRARO

SOMMARIO: 1. Note introduttive: il problema della natura giuridica della professione intellettuale. – 2. Privilegio storico e «sistema ordinistico». – 3. Rilievo giuridico dell'intellettualità. – 4. Abrogazione della tariffa. Problemi di diritto intertemporale. – 5. Tariffa e «parametro» nel sistema del contratto d'opera intellettuale. – 6. Tariffa, parametro e disciplina del mandato. – 7. Accordi sul compenso e spese di soccombenza. – 8. Nuovi scenari della riforma forense.

1. NOTE INTRODUTTIVE: IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DELLA PROFESSIONE INTELLETTUALE. Non è difficile ravvisare nell'art. 9 d.l. n. 1/2012 il punto d'arrivo di una tendenza che muove di lontano e che mira a ricondurre una volta per tutte, e definitivamente, la disciplina delle professioni intellettuali – di quella forense in particolare –, ed il loro stesso esercizio concreto, nel quadro delle attività d'impresa.

Questa tendenza si alimenta in verità di molteplici suggestioni, tra le quali spiccano in particolare, da un lato, l'idea tralatizia che fattispecie e disciplina della professione intellettuale si siano fino ad oggi diversificate da quelle d'impresa solo per volontà positiva del legislatore e solo per ragioni storiche (la conservazione di antichi privilegi corporativi tramandati dall'*Ancien Régime*; l'immunità dal fallimento; il secolare prestigio sociale e politico goduto dai componenti i ceti professionali); dall'altro, l'influenza della nozione comunitaria d'impresa, nel diritto comunitario primario e derivato e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

[★] **Contributo pubblicato in base a referee.**

Questo scritto riproduce e sviluppa il *paper* d'identico titolo presentato al convegno di «Orizzonti del diritto commerciale» del 22-23.2.2013, Università di Roma Tre, e pubblicato sul sito Internet www.orizzontideldirittocommerciale.it.

Una nozione che è però, com'è noto, fondata su presupposti diversi e che risulta *ictu oculi* assai più generica rispetto a quella dell'art. 2082 cod. civ., essendo riferibile a qualunque entità svolga un'attività suscettibile di riflessi economici in un mercato ritenuto rilevante⁽¹⁾; e che dunque ben si attaglia, e ben riflette l'idea neolibera che la professione intellettuale si risolva interamente in una pura e semplice prestazione di servizi a rilevanza squisitamente concorrenziale.

Su queste premesse, il d.l. n. 1/2012 ha impresso un'accelerazione improvvisa ad una vicenda che sembrava essere, se non composta, almeno in parte sopita dopo che le più recenti pronunce della Corte di Giustizia avevano ritenuto le tariffe forensi italiane (ma, in verità, anche quelle tedesche) non configurare restrizioni né alla libera prestazione di servizi, né alla concorrenza⁽²⁾. Manca peraltro a tutt'oggi una verifica attenta dell'attendibilità dei postulati dai quali le recenti scelte legislative sono discese; una verifica che sia, per quanto possi-

(1) A prescindere dal suo *status* giuridico, dalle sue modalità di finanziamento e anche eventualmente dal quadro giuspubblicistico in cui opera: cfr. *ex plurimis* CORTE GIUST. CE, 16.11.1995, causa C-244/94, in *Foro it.*, 1996, IV, 67; CORTE GIUST. CE, 19.1.1994, causa C-364/92, *ivi*, 1994, IV, 297; CORTE GIUST. CE, 17.2.1993, causa C-159-160/90, *ivi*, 1994, IV, 113; CORTE GIUST. CE, 23.4.1991, causa C-41/90, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 1322: cfr. IBBA, *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 165 ss.

(2) Oltre alla più recente CORTE GIUST. UE, 29.3.2011, causa C-565/08, in *Foro it.*, 2011, V, 578, non si possono non ricordare le altrettanto note sentenze di CORTE GIUST. CE, 5.12.2006, cause C-94/04 e C-202/04, *ivi*, 2007, IV, 1; CORTE GIUST. CE, 11.12.2003, causa C-289/02, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3529, e CORTE GIUST. CE, 19.2.2002, causa C-35/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 187.

bile, scevra dei contenuti ideologici che potrebbero aver influenzato la normogenesi, e che ricerchi tutti gli spunti ricostruttivi – e sono numerosi – offerti dall'ordinamento alla fondamentale esigenza logica e sistematica.

2. *PRIVILEGIO STORICO E «SISTEMA ORDINISTICO»*. Che le professioni intellettuali (e quella forense in particolare) godano di privilegio legislativo negli ordinamenti contemporanei solo per ragioni storiche e solo grazie al perpetuarsi di un'ininterrotta tradizione direttamente riconducibile al corporativismo dell'età di mezzo, rappresenta a ben vedere un falso storico tra i più clamorosi e purtuttavia più radicati.

La storia delle istituzioni – quella contemporanea, almeno, dalla Rivoluzione Francese in poi, in Italia così come nel resto dell'Europa continentale – manifesta infatti non un favore, ma al contrario un aperto disfavore verso qualsiasi privilegio professionale («conçue dans ses principes par des avocats, la Révolution leur fut hostile»⁽³⁾): basti soltanto ricordare che sin dal settembre 1790 l'Assemblea costituente aveva decretato il principio della «barre libre»; in seguito, il 2-17.3.1791 emanò il celebre *décret d'Allarde*, peraltro a tutt'oggi in vigore; il 25.6.1791 decretò la soppressione della professione d'avvocato, prima ancora dell'adozione della *loi Le Chapelier*, con cui furono soppresse tutte le associazioni professionali; il 15.9.1793, infine, la Convenzione soppresse tutte le università, ivi comprese le facoltà mediche e giuridiche. Tutti questi principi vennero di lì a poco esportati anche nella Repubblica Cisalpina e quindi nel Regno Italico e nel resto dell'Italia napoleonica⁽⁴⁾. Un disfavore che,

⁽³⁾ Questo il paradosso messo ben in luce da BOEDEL, storico dell'avvocatura francese (*La justice. Les habits du pouvoir*, Editions Antébi, 1992, 126).

⁽⁴⁾ La necessità di un'abilitazione statale per l'esercizio dello *ius postulandi* fu introdotta solo il 22 ventoso dell'anno XII (1804), esattamente otto giorni prima della promulgazione del testo definitivo del *Code civil*; mentre l'ordine degli avvocati venne ricostituito assai più tardi: in Francia, col decreto imperiale del 14.12.1810 e, nel Regno Italico, il 9.8.1811. Ma – e questo dato normativo fondamentale non può certo sfuggire al giurista, sebbene gli

al contrario di quanto comunemente si creda, persiste e addirittura si accentua dopo la Restaurazione⁽⁵⁾. Non soltanto dunque si deve obbiettivamente constatare una insuperabile soluzione di continuità – di quasi un secolo – tra antiche corporazioni professionali e Ordini postunitari (istituiti per la prima volta, com'è noto, con l. 8.6.1874, n. 1938); ma questi ultimi, a differenza degli antichi, sono caratterizzati da un dato fondamentale che balza immediatamente agli occhi del giurista: nei moderni ordinamenti professionali non tanto l'Ordine,

storici mostrino spesso di non coglierne appieno la portata – a parte la suggestione del nome, gli ordini napoleonici non possedevano più alcuna delle caratteristiche (e dei privilegi) degli antichi ordini e collegi dell'*Ancien Régime*: del tutto privi di autonomia, senza organi elettivi, essi erano sottoposti direttamente alla sorveglianza disciplinare dei magistrati (TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Il Mulino, 2002, 33). Non si trattò dunque affatto di un ripristino dell'antica corporazione professionale, definitivamente soppressa dalla *loi Le Chapelier*: la quale ultima, appunto, non ne veniva toccata e rimaneva invece pienamente in vigore (e in Francia vi rimase per quasi tutto il secolo XIX, venendo abrogata, con molta riluttanza, appena nel 1884; e a differenza del *décret d'Allarde*, il quale addirittura si considera a tutt'oggi ininterrottamente vigente).

⁽⁵⁾ Basti ricordare che in alcuni dei principali Stati preunitari (tra cui Piemonte e Lombardo-Veneto) i neoistituiti ordini napoleonici vennero immediatamente aboliti nel 1815; nel Lombardo-Veneto, in particolare, la sostituzione del Codice di procedura napoleonico con i Regolamenti di procedura giuseppini (nella loro variante c.d. galiziana, in vigore nel Veneto sino al 1871; ed in quella, posteriore, kleiniana, nelle c.d. nuove province sino al 1929: cfr. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, I, 975 ss.) determinò non soltanto l'attribuzione alla magistratura dell'azione disciplinare sugli avvocati, ma anche l'attrazione all'interno dell'apparato giudiziario statale dell'intero percorso abilitativo, attraverso un minuzioso disciplinamento assoggettato a una ferrea selezione, anche politica, operata direttamente dai Tribunali d'appello; ciò che rendeva l'avvocato null'altro che un mero ausiliario del giudice, totalmente privo di autonomia oltre che privo di un organismo di riferimento: PARINI VINCENTI, in A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Il Mulino, 2009, 77.

come si soleva affermare un tempo, quanto propriamente la legge *est maître de son tableau*. L'iscrizione agli albi moderni, in altre parole, non può per definizione configurare una restrizione né all'accesso alla libera prestazione dei servizi né alla concorrenza, poiché, per chiunque si trovi in possesso delle condizioni legali di abilitazione – peraltro previste dall'art. 33 comma 5° Cost. oltre che, non lo si dimentichi, positivamente scrutinate dalla Corte di Giustizia sotto il profilo degli art. 43, 81 e 82 TCE (ora 49, 101, 102 TFUE) ⁽⁶⁾ –, corrisponde oggi sempre a un diritto soggettivo perfetto ⁽⁷⁾.

Ma non solo. Istituiti dallo Stato; completamente sottratti ad ogni iniziativa organizzativa delle parti private, gli Ordini moderni restano strettamente integrati alle strutture dello Stato stesso e, in particolare, dell'ordinamento *lato sensu* giudiziario; partecipano dell'esercizio di potestà pubblicistiche, tanto normative, quanto amministrative e disciplinari, esorbitanti dal diritto comune; utilizzano, infine, i moduli del

l'agire procedimentalizzato tipici dei pubblici poteri.

Tutti questi tratti caratteristici marcano insuperabilmente la differenza costitutiva ed ontologica degli Ordini professionali con le associazioni corporative, rispecchiata dall'indisponibilità, in capo ai componenti degli Ordini stessi, di tutte quelle scelte fondamentali che sono proprie viceversa dell'autonomia privata associativa (costituzione, organizzazione, estinzione dell'ente; accesso e ammissione dei membri; destinazione del risultato dell'attività comune).

Questi medesimi tratti vengono, del resto, nitidamente colti e messi in luce in un famoso precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽⁸⁾, nel quale è statuito che gli Ordini professionali contemporanei non possono, appunto per le ragioni suindicate, configurare «associazioni»: e dunque fuoriescono dalla sfera d'applicabilità dell'art. 11 Conv. eur. dir. uomo. Sentenza, va pure detto, non a caso fino ad ora ignorata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale e dalle Autorità *antitrust*: ma certo non più ignorabile, si crede, una volta che l'Unione Europea avrà internazionalmente aderito alla Conv. eur. dir. uomo (secondo la previsione dell'art. 6.2 TUE ⁽⁹⁾), e che conse-

⁽⁶⁾ CORTE GIUST. CE, ord. 17.2.2005, causa C-250/03, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, 502 e in *Cons. Stato*, 2005, II, 357, con nota di ANTONUCCI.

⁽⁷⁾ Così ad esempio CASS., sez. un., 8.11.2010, n. 22623, in *Giust. civ.*, 2011, 1267; ma anche CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.2.2003, ric. 42326/98, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-III, par. 55; CORTE EUR. DIR. UOMO, 23.6.1994, *De Moor c. Belgio*, in *Arrêts et décisions, Série A*, n. 292, 15. Al momento dell'istituzione degli Ordini, i contemporanei – a differenza di molti storici, ma anche economisti d'oggi – non mancarono di cogliere subito questa differenza radicale rispetto all'eredità dell'*Ancien Régime*, come inoppugnabilmente dimostrano i lavori parlamentari di quella che sarà poi la l. n. 1938 del 1874 (v. ad esempio *Atti Parlamentari Senato, Discussioni*, Legisl. XI, tornata del 13.2.1868, rel. Oliva): in essi viene apertamente enunciato il principio per cui l'accesso alla professione dev'essere ormai determinato unicamente dalla legge. Principio, va altresì soggiunto, di chiara ispirazione zanardelliana (cfr. ZANARDELLI, *L'avvocatura. Discorsi*, Barbera, 1879, 89 ss.), e che, *mutatis mutandis*, sarebbe stato applicato di lì a poco anche al diverso campo della costituzione delle società anonime, giustificando allo stesso modo il passaggio dal regime concessorio del cod. comm. 1865 al regime omologatorio del cod. comm. 1882, mutuato poi dal cod. civ. 1942.

⁽⁸⁾ Si tratta di CORTE EUR. DIR. UOMO, 23.6.1981, ric. 6878/75; 7238/75, in *Arrêts et décisions, Série A*, n. 43, par. 64-65, e in *Riv. dir. internaz.*, 1982, 588. Diversa è invece la fattispecie in cui, pur essendo imposta da disposizioni di diritto pubblico l'affiliazione ad un'associazione professionale, l'associazione in sé sia «*créée conformément au droit privé*» ed abbia «*toute latitude pour décider de ses objectifs, de son organisation et de ses méthodes*»: così CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.6.1993, ric. 16130/90, *ivi*, n. 264, 17 (caso dei taxisti islandesi).

⁽⁹⁾ Adesione peraltro necessaria, come ha ricordato la nostra CORTE COST., 11.3.2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 578, affinché si produca la piena «comunitarizzazione» delle norme della Conv. eur. dir. uomo non ancora formalmente avvenuta (sulle cui prospettive v. KLEIN, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, a cura di Mersten-Papier, Bd. VI/1, C.F. Müller, 2010, 1269 ss., spec. 1311 ss.; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 167). Il

guentemente le posizioni tendenti a equiparare *tout court* gli Ordini ad associazioni d'impresе risulteranno, a ben vedere, incompatibili con la giurisprudenza di Strasburgo⁽¹⁰⁾. SÌ che in un prossimo futuro appare immaginabile anche una reazione individuale a tutela del diritto fondamentale negativo d'associazione da parte del singolo professionista, che si trovasse astretto fra la necessità di conservare l'iscrizione all'albo e quella di «subire» la propria partecipazione a un'intesa⁽¹¹⁾.

punto non sembra tanto quello del recepimento sostanziale della Conv. eur. dir. uomo – i cui principi in qualche modo già sarebbero annoverati tra quelli comunitari (CORTE GIUST. CE, 26.6.2007, causa C-305/05, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 907 con nota di BALDASSARRE) – quanto piuttosto la potenziale collisione fra la giurisprudenza delle due Corti europee («*the question is not whether the HRC becomes redundant, but whether the ECJ [...] should be subject to the external control exercised by the Strasbourg Court*»: PELLONPÄÄ, *The European Court of Human Rights and the European Union*, in AA.Vv., *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, a cura di Caflisch ed a., Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, 349).

⁽¹⁰⁾ Merita senz'altro ricordare, al riguardo, oltre a CORTE GIUST. CE, 19.2.2002, causa C-309/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 186; CORTE GIUST. CE, 18.6.1998, causa C-35/96, in *Giur. it.*, 1999, 555; T.A.R. LAZIO, 28.1.2000, n. 466, in *Foro it.*, 2000, III, 173, e in *Giur. comm.*, 2000, II, 640; ma anche i provvedimenti AGCM n. 6601 del 26.11.1998, n. 10418 del 14.2.2002, e n. 19966 del 18.6.2009. Da ult., v. le riflessioni di OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 516 s., con il richiamo sul punto alla posizione critica già espressa a suo tempo da OPPO, *Principi*, nel *Trattato di dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, sez. I, I, Giappichelli, 2001, 56 ss.; ID., *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 123; ID., *Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, *Intervento* (Oristano, 4.3.2000) in corso di pubblicazione nel vol. VIII degli *Scritti giuridici*, a cura di IBBA.

⁽¹¹⁾ Sul punto della partecipazione «subita» ad un'intesa v., sia pur da una differente prospettiva, LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Giuffrè, 2005, 775, con *ivi* il richiamo, che è opportuno fare anche qui, *mutatis mutandis*, a CORTE GIUST. CE, 20.9.2001, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 75. Sui riflessi del di-

3. RILIEVO GIURIDICO DELL'INTELLETTUALITÀ. La verifica del secondo postulato, quello per cui la professione *intellettuale* (e forense in particolare) sarebbe integralmente riducibile a una mera attività di prestazione di servizi, del tutto congruente con quella delle prestazioni di servizi a carattere d'impresa, esige anzitutto una precisazione di natura terminologica, legata all'evidente polisemia dell'espressione «professioni» nel linguaggio giuridico, sia comunitario che nazionale. Professioni *libere* (art. 57, comma 2°, lett. d, TFUE), professioni *liberali* e professioni *regolamentate* (Direttiva n. 2005/36/CE, *considerando* 43° e art. 3), professioni *intellettuali* (capo II, tit. III, lb. V, cod. civ.), attività autonome, e infine imprese, definiscono campi concettuali non coincidenti, a volte (solo) parzialmente sovrapponibili e a volte addirittura normativamente contrapposibili (v. ad es. l'art. 49, comma 2°, TFUE).

Non tutte le professioni libere sono, evidentemente, *anche* professioni intellettuali⁽¹²⁾, in quanto non tutte regolamentate né tutte espletate per mezzo di contratti d'opera intellettuale; non sono, a loro volta, necessariamente intellettuali tutte le professioni pur regolamentate, molte delle quali si sostanziano notoriamente in attività di prestazione di servizi a carattere meramente materiale⁽¹³⁾; e neppure esiste

ritto negativo d'associazione come sancito dall'art. 11 Conv. eur. dir. uomo, v. G. CARRARO, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 221 ss. La dottrina tedesca, per parte sua, si limita a ribadire che la forma giuridica pubblicistica degli ordini professionali sarebbe irrilevante, nel senso che non ne impedisce la qualificazione come associazioni d'impresе (così da ult. EMMERICH, *Kartellrecht*, Verlag C.H. Beck, 2012, 303 s.); ma senza apparentemente porsi l'ulteriore problema del conflitto tra obbligo giuspubblicistico d'iscrizione, intesa quale condizione per l'accesso e per l'esercizio professionale, e tutela della libertà individuale (negativa) d'associazione e del correlativo *droit de se désassocier* del singolo professionista, il quale dissentisse dall'ipotetica condotta anticoncorrenziale della compagine.

⁽¹²⁾ Lo segnalava già OPPO, *Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, cit.

⁽¹³⁾ Non è chi non veda, ad esempio, le ragioni imperative di tutela dell'incolumità pubblica che giustificano un'attenta regolamentazione all'accesso

coincidenza tra professioni liberali e professioni intellettuali, se è vero che le prime raggruppano non soltanto coloro che «forniscono servizi intellettuali» ma anche coloro che forniscono meri «servizi di concetto» (così testualmente il 43° *considerando* della Direttiva n. 2005/36/CE). Si tratta dunque di ricercare all'interno del sistema quali possano essere i *Merkmale* che, in un quadro tanto composito, definiscono la specifica rilevanza giuridica del meronimo «professioni intellettuali» e quale relazione logica sussista tra questo e il concetto d'impresa.

La verifica esige altresì, seppure ai limitati fini di quest'indagine, che si ricerchi un punto di coordinamento tra le differenti nozioni d'impresa (e, se si vuole, di associazione d'impresa), che confliggono in settori diversi dell'ordinamento: ed al riguardo sembra importante raccogliere la sollecitazione di M. Libertini⁽¹⁴⁾ a riprendere, proprio in una visuale unificatrice, la prospettiva della «realtà giuridica globale» dell'impresa – autorevolmente proposta – e dell'impresa come «fattispecie», giuridicamente rilevante, che come tale va costantemente ragionata.

Ebbene, proprio da quest'angolazione già P. Spada⁽¹⁵⁾ ha dimostrato, da tempo, che in realtà le professioni intellettuali non possono essere sussunte nella fattispecie dell'art. 2195 cod. civ., e quindi non sostanziano mai impresa *commerciale*, ma tutt'al più impresa solo *civile*, poiché in esse difetta palesemente il requisito dell'*industrialità* nella produzione di servizi. Anche la dottrina tedesca, dal canto suo, sottolinea proprio il carattere *höchstpersönlich* e la tipologia *höherer Art* della prestazione resa dal

professionista, idonea a sottrarla alla sfera dell'industrialità (*Gewerbe*)⁽¹⁶⁾. È, del resto, proprio sull'alto livello delle prestazioni professionali e sul conseguente usuale «divario di competenza» tra professionisti e destinatari delle prestazioni stesse (tale, realisticamente, da impedire a questi ultimi di valutarne razionalmente qualità e costi), che i sociologi funzionalisti insistono per negare il presupposto della legittimità di un autentico mercato concorrenziale tra professionisti intellettuali⁽¹⁷⁾.

Prendendo le mosse da queste prime conclusioni, è forse possibile compiere un passo ulteriore. In raffronto con la fattispecie generale dell'art. 2082 cod. civ., difetta qui anche la congruenza col concetto di «produzione», quantomeno nel senso proprio del termine, che è poi quello inteso dal legislatore del '42 (combinazione di fattori produttivi dati, ossia *input* di risorse e *output* trasformativo a utilità aggiunta⁽¹⁸⁾). Nell'accezione naturale e sociale di professione intellettuale è sotteso a ben vedere non tanto il concetto di *produzione*, quanto quello di *creazione*: la creatività è un predicato, anche giuridico (cfr. art. 2576 cod. civ.), dell'intellettualità e del lavoro intellettuale⁽¹⁹⁾;

e all'esercizio delle professioni di guida alpina o di maestro di sci – su cui v., tra l'altro, CORTE GIUST. CE, 16.5.2002, causa C-142/01, in *Dir. lav.*, 2002, II, 157 – le quali tuttavia non forniscono affatto prestazioni di natura oggettivamente intellettuale ma meri servizi materiali.

⁽¹⁴⁾ LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, 57. Lo stesso a. fa riferimento agli scritti di OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 113 ss.; ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 1976, I, 591 ss.

⁽¹⁵⁾ V. SPADA, voce «Impresa», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *comm.*, VII, Utet, 1996, 55.

⁽¹⁶⁾ V. ad esempio HARTMANN, *Handelsrecht*, Verlag Rolf Schmidt, 2008, 15, *Rn.* 39; CANARIS, *Handelsrecht*, Verlag C.H. Beck, 2006, par. 2 *Rn.* 11. Peraltro OETKER, *Handelsrecht*, Springer, 2010, 16 ss., pur ribadendo che si tratta di *höchstpersönliche Leistungen* che come tali si sottraggono alle previsioni del *HGB*, afferma che non sarebbero del tutto chiari i confini di siffatta esclusione.

⁽¹⁷⁾ Quantomeno, per le professioni intellettuali «maggiori» o classiche: si veda, per tutti, PARSONS, voce «Professioni», in *Enc. del Novecento*, V, Ed. Enc. it., 1980, 588.

⁽¹⁸⁾ Cfr. CARLO SCOGNAMIGLIO, voce «Produttività», in *Enc. del Novecento*, VIII, Ed. Enc. it., 1989, 872 s. Sotto questo aspetto, di conseguenza, non appare neppure accettabile concedere che l'art. 2082 cod. civ. definisca l'impresa in modo da potervi astrattamente includere le professioni intellettuali: così invece OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, cit., 124.

⁽¹⁹⁾ Quando invero un qualsiasi nuovo «bene» appartenga alla cultura immateriale, giuridicamente parlando non si ha propriamente un atto produttivo ma un atto creativo (FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*,

persino nella più routinaria e banale delle prestazioni professionali intellettuali (le due righe di referto del radiologo, la ricetta del veterinario, l'atto di precetto, ecc.) è sempre implicito un momento creativo, *sub specie* di un giudizio fondato sull'esperienza conoscitiva (kantianamente si direbbe: un giudizio sintetico *a posteriori*, ovvero ampliativo della conoscenza) che prima non esisteva nel mondo immateriale.

Il risultato dell'attività del professionista intellettuale, per lo meno per una sua parte maggiore o minore (variabile in base al tipo e di professione e di prestazione), non è di natura empirica e reale nel senso in cui lo sono gli oggetti fisici o i comportamenti nei quali si sostanzia invece la produzione di beni o, rispettivamente, di servizi dell'imprenditore. Certo, anche nell'attività professionale non manca mai una dimensione materiale: ma, ad esempio, il deposito della comparsa nei dovuti termini e nel prescritto numero di copie, la comparizione all'udienza, la notifica del ricorso o dell'appello nelle debite forme, pur concretando servizi «di concetto» (anche, talvolta, delicati), rappresentano, se così si può dire, soltanto il *corpus mechanicum* della prestazione intellettuale forense, che dev'essere invece propriamente ravvisata nel contenuto immateriale si-

gnificato dalle scritture, dalle arringhe o, comunque, da ciascun atto difensivo⁽²⁰⁾.

Solo così si spiega, tra l'altro, perché la Corte di cassazione abbia affermato ancor di recente – e anche dopo la novella processuale del 1995 – che nel procedimento per ingiunzione il professionista intellettuale non può avvalersi della prova scritta indicata al comma 2° dell'art. 634 cod. proc. civ. (fattura ed estratto autentico del registro IVA), ma deve necessariamente ricorrere alle forme contemplate dall'art. 636, in quanto i crediti professionali configurano un'ipotesi «*diversa dai crediti per prestazioni di servizi*»⁽²¹⁾. O perché la Corte costituzionale abbia ritenuto legittimo che al professionista intellettuale non sia consentito proporre l'istanza d'ingiunzione in corso di causa prevista dall'art. 186 *ter* cod. proc. civ., visto che, stando alla costante giurisprudenza della stessa Corte, solo a situazioni sostanziali effettivamente distinte possono essere coniugate discipline differenti: laddove invece, se davvero i crediti dei professionisti intellettuali configurassero fattispecie indiscernibili dai crediti «*per prestazioni di servizi fatte da imprenditori che esercitano un'attività commerciale*» (così l'art. 634 cod. proc. civ.), dovrebbe corrispondervi identico trattamento processuale⁽²²⁾. E perché, infine, per l'appunto sempre e solo individuando un *proprium* del-

1996, I, 33; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, 292 s.); un cenno a «qualche elemento di creatività» insito nella professione intellettuale si rinviene peraltro anche in OPPO, *Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, cit. Va soggiunto che la creatività non è requisito esclusivo delle sole opere protette da proprietà intellettuale, ma ha rilevanza giuridica anche quando il risultato dell'attività creativa non sia riconducibile all'elencazione (peraltro tassativa) dell'art. 2575 cod. civ. e dell'art. 1 l. aut. (così APP. MILANO, 2.10.1981, in *Dir. aut.*, 1983, 204), potendo fondare ad es. un'azione di arricchimento senza causa: CASS., 4.2.1980, n. 773, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1957. Simmetricamente, la creatività non è da circoscrivere unicamente alle prestazioni c.d. riservate (art. 2231, comma 1°, cod. civ.), ma rileva rispetto a ogni altra attività professionale, anche non riservata, purché appunto intellettuale: tali erano, ad es., quantomeno prima della recentissima approvazione della riforma forense, le attività di consulenza e assistenza stragiudiziale.

⁽²⁰⁾ A parlare, anche e proprio per le professioni intellettuali, di un *corpus mechanicum* distinto dalla prestazione caratteristica la quale invece consiste, testualmente, nella «*prestazione di un bene immateriale*» è, si badi, la stessa Supr. Corte (CASS., 27.5.1997, n. 4704, in *Foro it.*, 1997, I, 2078). Si deve del resto riscontrare una strettissima affinità concettuale tra sfera della *professione* intellettuale e sfera della *proprietà* intellettuale, che risulta particolarmente evidente nelle professioni tecniche: per queste ultime l'ordinamento, all'art. 99 l. aut., addirittura sembra di fatto approntare una sorta di norma di raccordo tra le due discipline.

⁽²¹⁾ Così CASS. 31.10.2011, n. 22655, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Ingiunzione (procedimento per)», n. 53.

⁽²²⁾ CORTE COST., 4.12.2000, n. 545, in *Giur. cost.*, 2000, 4212. Quanto alla giurisprudenza costituzionale sul *tertium comparationis* alla stregua dell'art. 3 Cost., cfr. *ex plurimis* CORTE COST., 30.12.1997, n. 454, in *Cons. Stato*, 1997, II, 2012.

l'attività intellettuale la Cassazione, nel 2010, abbia escluso che al contratto di trasferimento a titolo oneroso di uno studio professionale sia applicabile la disciplina della cessione d'azienda⁽²³⁾.

Questo concetto naturale di professione intellettuale sembrerebbe, a ben vedere, essere stato fatto proprio anche dall'art. 33, comma 5°, Cost., e così giustificare la peculiare e per certi versi sorprendente collocazione di quella previsione costituzionale⁽²⁴⁾, che avrebbe altrimenti dovuto trovar posto più propriamente nel titolo III. La menzione delle professioni tra i rapporti etico-sociali piuttosto che tra quelli economici parrebbe dunque, in certo qual modo, dar conto della naturale difficoltà a remunerare equamente le idee come tali e della naturale (seppur riprovevole) tendenza in chi ne beneficia a sfuggire a questa remunerazione.

Così come da taluno s'è affacciata l'idea di una continuità sistematica tra disciplina della concorrenza e protezione della proprietà intellettuale – quest'ultima, funzionale a stimolare la creatività intellettuale degli individui fornendo loro una «*chance rafforzata*»⁽²⁵⁾ –, altrettanto si potrebbe avanzare l'ipotesi che tra disciplina della concorrenza e disciplina delle professioni intellettuali protette sussista non una contraddizione, e neppure una relazione d'inclusione, ma appunto una, del tutto simile

e parimenti giustificabile, continuità sistematica: a ciò sembra potersi ricondurre, in definitiva, anche il senso ultimo della decisione in concreto assunta dalla Corte di Giustizia nel caso *Wouters*⁽²⁶⁾.

Professioni intellettuali, insomma, perché protette, o professioni protette proprio perché intellettuali?

4. ABROGAZIONE DELLA TARIFFA. PROBLEMI DI DIRITTO INTERTEMPORALE. Si perviene così al tema specifico dell'odierna c.d. liberalizzazione e dell'abrogazione del sistema tariffario⁽²⁷⁾. Una prima riflessione, sia pure ormai postuma, merita di essere svolta sulle ragioni della (scomparsa) tariffa professionale, e proprio da una prospettiva giuscommerciale e concorrenziale. L'abrogata tariffa non soltanto non rappresentava di per sé un male, in senso giuridico (avendo oltretutto, piaccia o no, superato ripetutamente il vaglio della Corte di Giustizia); ma al contrario dal punto di vista della concorrenza consentiva, se riguardata senza preconcetti, di colmare proprio quel «divario di competenza» sottolineato da T. Parsons, avviando così, almeno in parte, all'incapacità del destinatario di percepire il reale valore economico della prestazione intellettuale⁽²⁸⁾. Con l'ulteriore effetto di spostare il momento concorrenziale dal compenso alle idee,

⁽²³⁾ Cass., 9.2.2010, n. 2860, in *Foro it.*, 2010, I, 1445. V. anche *infra*, nt. 39.

⁽²⁴⁾ Né va sottovalutato il dato in sé, che il controllo degli accessi alla professione risponda ad un dettato costituzionale (un richiamo alla norma costituzionale, spesso dimenticata o sottaciuta, era già in *OPPO, Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, cit.): a tanto maggior ragione oggi, che il c.d. *Lissabon-Urteil* e la successiva giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco (*BVERFG*, 30.6.2009, n. 2/08, in *Foro it.*, 2010, IV, 164; *BVERFG*, 12.9.2012, *ivi*, 2012, *Anticipazioni e novità*, 308), hanno in qualche modo incrinato la *primauté* del diritto comunitario e ribadito il principio per cui quest'ultima non può comunque giungere a ledere l'identità costituzionale interna; cfr. altresì IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1247 ss.

⁽²⁵⁾ LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, cit., 62; e v. altresì BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, 2004.

⁽²⁶⁾ CORTE GIUST. CE, 19.2.2002, causa C-309/99, cit. L'esigenza di protezione, va anche soggiunto, si attenua invece fino a scomparire del tutto quando lo sforzo intellettuale individuale trovi adeguata remunerazione all'interno dell'organizzazione dell'impresa: tale il significato dell'art. 2238 cod. civ., norma altrimenti incomprensibile per chi identifichi *tout court* il prestatore d'opera intellettuale con l'imprenditore; e che trova, *mutatis mutandis*, un suo *pendant* negli artt. 64 e 65 cod. propr. ind.

⁽²⁷⁾ Tra i primi interventi sul tema cfr. SCARSELLI, *La liquidazione dei compensi forensi nel tempo della crisi*, in *Foro it.*, 2012, V, 257.

⁽²⁸⁾ In entrambi i versi: vale a dire, non solo palestando al cliente l'entità oggettiva, appunto non sempre chiaramente percepibile, dello sforzo intellettuale compiuto o da compiere, ma mettendo a sua volta il cliente stesso al riparo dal rischio di sovrastimare singole prestazioni, in realtà intellettualmente modeste o poco impegnative, o attività oggettivamente non complesse.

ossia alla qualità intellettuale della prestazione: e risultando in definitiva funzionale – ciò che appunto la stessa Corte di Giustizia, nelle sentenze *Cipolla* ⁽²⁹⁾, par. 64 ss., aveva individuato tra gli obiettivi leciti e possibili di una normazione tariffaria pubblicistica – sia a una migliore tutela dei consumatori, destinatari delle prestazioni forensi, sia ad una efficiente amministrazione della giustizia ⁽³⁰⁾.

Un secondo rilievo preliminare tocca temi di carattere giuspubblicistico legati all'abrogazione della tariffa e riguarda il diritto intertemporale. Fuori questione, sembra, che una retroattività dei nuovi parametri e una loro applicabilità anche agli incarichi pendenti possa esser desunta dalla formula, non certo perspicua, dell'art. 41 d.m. n. 140/2012, non foss'altro che per una banale ragione di gerarchia tra fonti: mancando *ictu oculi* nell'art. 9 d.l. n. 1/2012 una qualsivoglia deroga all'art. 11, disp. prel., cod. civ., questa deroga non potrebbe certo essere stata legittimamente introdotta attraverso un regolamento dell'esecutivo; il quale va dunque interpretato nel senso che le «liquidazioni successive alla sua entrata in vigore» non possono che essere liquidazioni di compensi per incarichi conferiti ed eseguiti dopo la sua entrata in vigore.

L'art. 9, comma 1°, d.l. n. 1/2012 è del resto inequivoco nell'uso del lemma «abrogare». Ora, l'abrogazione determina, com'è *ius receptum*, l'effetto «non tanto di estinguere le norme, quanto piuttosto di delimitarne la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo» ⁽³¹⁾; in base ai principi che regolano la suc-

cessione delle leggi nel tempo, perciò, l'intervenuta «abrogazione» del sistema tariffario non può comunque investire diritti già maturati ed esigibili alla data della sua entrata in vigore.

A tanto maggior ragione se si considera che gli effetti di qualsiasi contratto (e tale è anche l'incarico professionale al difensore) debbono sempre esser riferiti alle norme in vigore nel momento della sua conclusione ed esecuzione ⁽³²⁾; cosicché l'assetto degli interessi, legittimamente compiuto dall'autonomia privata – magari accettando o declinando uno od altro incarico, perché valutato più o meno remunerativo – sul presupposto ed in conformità a tali antevigenti disposizioni, e prima dell'entrata in vigore della legge abrogativa, non potrebbe venire sovvertito nemmeno da un'esplicita previsione di retroattività di quest'ultima (previsione che peraltro, sia chiaro, nel d.l. n. 1/2012 non c'è), se non, a tacer d'altro, a pena di violazione dell'art. 41 Cost. che l'autonomia privata, appunto, tutela e garantisce almeno in campo economico. Un'interpretazione diversa dovrebbe, oltretutto, scontare anche il contrasto con l'art. 1, Prot. I, Conv. eur. dir. uomo: giacché, secondo quanto afferma la Corte di Strasburgo ⁽³³⁾, il potere legislativo non può intervenire *ex post* a privare chicchessia di crediti maturati sulla base del diritto previgente, per il solo fatto che questi crediti non siano stati constatati e liquidati con sentenza passata in giudicato.

5. TARIFFA E «PARAMETRO» NEL SISTEMA DEL CONTRATTO D'OPERA INTELLETTUALE.

Passando agli aspetti più schiettamente giusprivatistici, occorre tener presente il quadro sistematico in cui l'art. 9 d.l. n. 1/2012, più o

⁽²⁹⁾ CORTE GIUST. CE, 5.12.2006, cause C-94/04 e C-202/04, cit.

⁽³⁰⁾ Amministrazione della giustizia che tra l'altro, a livello sia statale che comunitario (a cominciare dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16.10.1999), appare sempre più informata ad obiettivi di politica legislativa francamente poco conciliabili – se non del tutto antitetici – con una spinta alla concorrenza al ribasso nel campo delle prestazioni professionali degli avvocati: la garanzia di un livello adeguato di assistenza giudiziaria, l'accelerazione dei processi e lo sfontamento dei procedimenti attraverso la composizione stragiudiziale delle liti minori.

⁽³¹⁾ Così testualmente, *ex plurimis*, CORTE COST.,

25.3.1970, n. 49, par. 2, in *Foro it.*, 1970, I, 1306, con nota di PIZZORUSSO.

⁽³²⁾ In questo senso, *mutatis mutandis*, CASS., 21.2.1995, n. 1877, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, la quale soggiunge che una norma meramente abrogatrice è di per sé inidonea a incidere sulla qualificazione degli atti negoziali compiuti prima della sua entrata in vigore.

⁽³³⁾ CORTE EUR. DIR. UOMO, 20.11.1995, *Pressos Compania Naviero S.A. c. Belgio*, in *Arrêts et décisions, série A*, n. 332, 23.

meno consapevolmente, si cala e che è rimasto per ora immutato.

La remunerazione dell'incarico professionale, invero, non può prescindere dal coordinamento con la disciplina codicistica del contratto d'opera professionale, della quale rappresenta solamente un aspetto (e nemmeno, causalmente, il principale). Quando si tratti poi di professione forense – ma anche di altre professioni: si pensi alla difesa dinanzi alle commissioni tributarie – non si può prescindere neppure dalle norme generali sul mandato, non certamente tutte incise dalla nuova disposizione, a maggior ragione quando l'opera professionale si sostanzia in un mandato giudiziale (ma non solo in questo caso: nel mandato va sussunto qualunque altro incarico professionale contempli il compimento di «uno o più atti giuridici»; così anche l'arbitrato, l'arbitraggio, la gestione d'interessi del cliente davanti ad organi paragiurisdizionali o a p.a., ecc.)⁽³⁴⁾. E a questo proposito, va soggiunto, la recentissima legge di riforma dell'ordinamento professionale forense frattanto sopraggiunta (l. 31.12.2012, n. 247) al suo art. 14 sembra ora sottolineare proprio quest'interdipendenza tra disciplina del mandato e disciplina del contratto d'opera intellettuale.

Ebbene, la disposizione dell'art. 9 d.l. n. 1/2012 si limita ad espungere dall'art. 2233 e dall'omologo art. 1709 cod. civ. il mero riferimento alla tariffa come fonte di determinabilità del compenso; ma ne lascia per il resto in tutto e per tutto inalterata la rispettiva struttura. Entrambe le discipline (opera professionale e mandato) sono, com'è noto, simmetricamente strutturate su di un triplice livello gerarchico: nella determinazione della *misura* del compenso, la prima fonte è sempre l'*autonomia privata*, cioè l'accordo delle parti; in mancanza di questo, la legge supplisce in via eteronoma con le *tariffe* [dal d.l. n. 1/2012 appunto abrogate] e con gli *usi*, la cui efficacia viene qui esplicita-

⁽³⁴⁾ È significativo rilevare come pure uno studioso della concorrenza, T. LETTL, *Handelsrecht*, Verlag C.H. Beck, 2011, 10, Rn. 14, ravvisi proprio nel fatto che la *höchstpersönliche Dienstleistung* del professionista legale si sostanzia in un mandato defensionale una circostanza idonea ad escluderne la commercialità (*kein Gewerbe*).

mente richiamata *ex art.* 8 disp. prel. sia dall'art. 2233 che dall'art. 1709; in mancanza tanto di accordo quanto, secondariamente, sia di tariffe sia di usi, e dunque solo residualmente, la legge ammette in terzo luogo il ricorso alla determinazione *ope iudicis*⁽³⁵⁾. L'art. 2233 e l'art. 1709 cod. civ. rappresentano dunque uno di quei rari e tassativi casi (accanto, ad esempio, all'assai più celebre art. 2932 o all'art. 1657 cod. civ.) nei quali la legge eccezionalmente consente al giudice ordinario di sostituirsi all'autonomia privata nella determinazione della volontà negoziale.

Ma come si collocano allora i parametri ministeriali in questo quadro normativo, quanto meno rispetto al rapporto contrattuale cliente-patrono? È evidente che, abrogata la tariffa, essi non possono certo aspirare ad assumere, nella gerarchia dei criteri legali enunciati dall'art. 2233 e dall'art. 1709, la collocazione e la funzione fin qui svolte dalla tariffa stessa, che appunto nel disegno del d.l. n. 1/2012 non dovrebbe esistere più e che appunto il legislatore del gennaio 2012 si guarda bene dal voler far rivivere sotto diverso nome (esordisce infatti il comma 2°: «*Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1° [...]*»).

I parametri del d.l. n. 1/2012 non possono dunque essere ricondotti a nient'altro che a meri canoni forniti al giudice allorché, nell'applicare il criterio residuale previsto dall'art. 2233 e dall'art. 1709 cod. civ., egli debba esercitare il proprio potere discrezionale⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Così, nell'identico senso, è la costante giurisprudenza della Supr. Corte; l'ordine enunciato all'art. 2233 è gerarchico e «di carattere preferenziale»: CASS., 21.10.2011, n. 21934, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Professioni intellettuali», n. 120; CASS., 23.5.2000, n. 6732, *ivi*, 2000, voce cit., n. 157; CASS., 1°2.2000, n. 1094, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 5, 25; CASS., 30.10.1996, n. 9514, in *Foro it.*, 1997, I, 2197; CASS., 14.12.1983, n. 7374, in *Rass. Adv. Stato*, 1984, I, 92.

⁽³⁶⁾ Identica sembra essere, in questo medesimo senso, l'interpretazione del *parametro* adottata dalla pronuncia consultiva di CONS. STATO, sez. atti norm., 18.1.2013, n. 161, in *www.ilcaso.it*: il parere, tuttavia, risulta emanato proprio lo stesso giorno della pubblicazione in G.U. della legge di riforma forense, e perciò non tiene né poteva tener conto di

Questa conclusione ci fornisce subito un primo corollario: l'uso, allora, sarà destinato a prevalere sempre sul parametro, perché così vogliono l'art. 1709 e l'art. 2233 cod. civ.; ma vuole altresì, e questo è importante sottolineare, l'art. 2234 cod. civ. (che a sua volta gli usi espressamente richiama) in materia di acconti sul compenso.

Ora, il c.d. fondo spese (e onorari) rappresenta appunto un uso incontestabilmente radicato nella tradizione secolare dell'avvocatura italiana. Anzi, secondo la costante giurisprudenza della Cassazione⁽³⁷⁾, l'art. 2234 cod. civ. risponde proprio alla finalità di mitigare la regola della postnumerazione, col risultato che gli importi corrisposti dal cliente a titolo di acconto costituiscono oggetto di un debito liquido ed immediatamente esigibile, di cui il professionista può senz'altro autonomamente pretendere il pagamento senza attendere l'effettuazione della propria prestazione. Ne viene che l'atto con cui (come sovente accade) il cliente, nel conferirgli l'incarico, acconsente *tout court* a corrispondere e senza altre formalità contestualmente paga il fondo spese per l'importo richiesto dall'avvocato, configura un comportamento concludente che – se già non rappresenta, direttamente, un vero e proprio accordo tacito⁽³⁸⁾ sul compenso, o per lo meno su quella quota di compenso che è l'acconto – si conforma agli usi e dunque si sottrae per definizione al vaglio *ex post* in base ai parametri.

Un secondo corollario si riflette invece sulla disciplina procedimentale desumibile dall'art. 2233 cod. civ. Eccezion fatta per la fase monitoria *ex art.* 636 cod. proc. civ. (che rappresenta il solo caso in cui il parere dell'Ordine risulti

quanto si va delineando – in senso contrario – alla stregua della recentissima novella (se ne accennerà *infra*, par. 8).

⁽³⁷⁾ *Ex plurimis*, Cass., 10.11.2006, n. 24046, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Fallimento», n. 505; Cass., 30.9.2005, n. 19215, *ivi*, 2005, voce cit., n. 472.

⁽³⁸⁾ Sul contenuto tacito del mandato, v. ad esempio SANTAGATA, *Del mandato*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1985, 296, nt. 21; ed altresì TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1994, 736.

obbligatorio e vincolante), negli altri giudizi – siano essi giudizi ordinari di cognizione ovvero giudizi promossi con lo speciale rito dell'art. 28 l. n. 794/1942, oggi confluito nell'art. 14 d. legis. n. 150/2011 – il parere dell'Ordine, com'è *ius receptum*, non solo non è vincolante, ma non è nemmeno obbligatorio là dove il corrispettivo possa essere determinato in base a tariffe⁽³⁹⁾. Abrogate irreversibilmente queste ultime, ed essendo i parametri inadeguati a surrogarne la funzione normativa di prezzo amministrato e ad integrare quindi direttamente il contenuto contrattuale, ne conseguirà che il giudice – dovendo decidere, in assenza di accordo, sulla base dell'ultimo criterio sussidiario e discrezionale contemplato dall'art. 2233 – sarà d'ora innanzi *sempre* obbligato a richiedere il parere (quantunque non vincolante): con il curioso effetto paradossale che se il legislatore, attraverso l'abolizione delle tariffe, intendeva inferire un colpo al «sistema ordinistico», non ha però tenuto conto dei riflessi sistematici ed ha inconsapevolmente riportato in primo piano il ruolo degli Ordini nei singoli processi di determinazione dei compensi.

6. TARIFFA, PARAMETRO E DISCIPLINA DEL MANDATO. Occorre poi non dimenticare che il contratto di mandato non è, tranne in particolari ipotesi⁽⁴⁰⁾, un contratto bilaterale commutativo: causa del mandato non è certo lo scambio bensì, secondo un assai autorevole filone di pensiero, una causa «di fiducia»⁽⁴¹⁾; o al più,

⁽³⁹⁾ Cass., 5.1.2011, n. 236, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Avvocato», n. 185.

⁽⁴⁰⁾ Tra cui merita ricordare, per esempio, il caso specifico del *mandato in rem propriam*: cfr. Cass., 28.10.2011, n. 22529, *ibidem*, voce «Mandato», n. 8; Cass., 29.7.1995, n. 8343, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 143, con nota di BORZI; Cass., 2.9.1982, n. 4793, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce «Mandato», n. 5. Sulla bilateralità *negoziale* di contro all'unilateralità *contrattuale* del mandato, ancora TRABUCCHI, *op. loc. cit.*

⁽⁴¹⁾ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951, 291; MESSINEO, *Manuale di dir. civile e commerciale*, I, Giuffrè, 1959, 581; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964, 199; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1968, 75. Esattamente nel medesimo ambito concettuale sembra muoversi an-

come altri afferma, una causa «neutra»⁽⁴²⁾; ed appunto il legislatore, all'art. 1709 cod. civ., lo disciplina come contratto solo *naturalmente* (e non già *essenzialmente*) oneroso. Dal che si deduce, tra l'altro, l'assurdità delle pronunce di taluni giudici amministrativi, secondo cui le pubbliche amministrazioni sarebbero tenute ad esperire una procedura di gara per il conferimento degli incarichi defensionali e, più generalmente, d'opera intellettuale forense⁽⁴³⁾: essendo invece evidente, anche a tutto concedere, che per la natura causale della prestazione da rendersi il vantaggio concorrenziale si conseguirebbe *ex parte publica* selezionando non tanto l'offerta economicamente più vantaggiosa, cioè il professionista che richieda il minor compenso, quanto semmai, e in teoria, colui che assicuri le migliori idee per difendere l'amministrazione⁽⁴⁴⁾.

Non essendovi sinallagmaticità tra l'obbliga-

che la già cit. Cass., 9.2.2010, n. 2860, in *Giust. civ.*, 2011, 775, laddove afferma che nel contratto di trasferimento a titolo oneroso di uno studio professionale non è configurabile una cessione d'azienda in senso tecnico (ma semmai un impegno del cedente volto a favorire la prosecuzione dei rapporti professionali con il subentrante), proprio in ragione del carattere eminentemente fiduciario del rapporto tra prestatore d'opera intellettuale e cliente.

(42) MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, nel *Trattato Vassalli*, VIII, 1, Utet, 1952, 18; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, XXXII, 1984, 80.

(43) CORTE CONTI, sez. contr. Veneto, 21.1.2009, n. 7, in *www.corteconti.it*; *contra*, v. però ora fortunatamente CONS. STATO, sez. V, 11.5.2012, n. 2730, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1241.

(44) Selezione, certo, concretamente impraticabile nel campo delle prestazioni processuali, ma non implausibile in altri settori professionali, ed in effetti non ignota al legislatore attraverso l'istituto dell'appalto-concorso e del concorso per idee, specificamente volti a permettere alla p.a. di «giovare delle iniziative e dei progetti di private competenze tecniche, artistiche e scientifiche» (così l'art. 40 del reg. cont. gen., r.d. n. 827/1924) e implicanti una valutazione complessiva tecnico-qualitativa commisurata alle finalità da attuare: cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2, Giuffrè, 1993, 393 ss.; MONORCHIO-MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Cacucci, 2008, 400.

zione principale del mandatario e quella, del cliente, di pagamento del compenso, ne deriva che:

(i) il patto sul compenso non è elemento essenziale dell'accordo: il contratto è valido e vincolante sin dal momento in cui il professionista accetta l'incarico, come del resto inequivocabilmente conferma ora anche l'art. 14, comma 1°, l. n. 247/2012 di riforma della professione forense⁽⁴⁵⁾;

(ii) l'esistenza o l'inesistenza del patto sul compenso non si riflettono sul contenuto delle obbligazioni del mandatario. Basti pensare alle previsioni dell'art. 1708 o dell'art. 1711, comma 2°, cod. civ.: come ritenere che il difensore, cui venisse ad es. notificata un'istanza cautelare incidentale con udienza fissata a brevissimo, e che non fosse in grado di mettersi in contatto col cliente, non sia tenuto a svolgere attività difensiva solo perché questa non è contemplata né dal patto sul compenso né dal preventivo, ove ragionevolmente consti – come non può non constare – che il cliente vi «avrebbe dato la sua approvazione»?;

(iii) il patto sul compenso può intervenire in realtà anche *dopo* il conferimento dell'incarico, o anche mai – come, ancora una volta, comprovano ora i commi 6° e 9° del nuovo art. 13 l. n. 247/2012 –, senza con questo togliere la naturale onerosità dell'incarico medesimo che, appunto, *iuris tantum* è sempre presunta.

A quest'ultimo proposito, né la lettera del comma 4° dell'art. 9 d.l. n. 1/2012 («Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico») né quella dell'art. 13, comma 2°, l. n. 247/2012 («Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale») debbono trarre in inganno: il legislatore non ha voluto trasformare il mandato in un contratto bilateralmente sinallagmatico *stricto sensu*, rendendo la determinazione pattizia del compenso elemento essenziale alla validità del negozio. Non solo perché lo stesso legislatore del 2012, per quanto tecnicamente inaccurato, mostra già da

(45) Che infatti così testualmente recita: «Il mandato professionale si perfeziona con l'accettazione».

sé di distinguere tuttora chiaramente tra patto sul compenso, da un lato, ed incarico vero e proprio, dall'altro; ma ancor prima e più radicalmente perché, diversamente, non avrebbero alcun senso nemmeno le previsioni del comma 2° dell'art. 9 d.l. n. 1/2012, e ora del comma 6° dell'art. 13 l. n. 247/2012 (e quindi dei parametri): poiché, se davvero non potesse oggi esistere un valido incarico professionale senza contestuale pattuizione del compenso (allo stesso modo in cui non può esistere un valido contratto di compravendita senza contestuale pattuizione del prezzo), allora non residuerebbe più alcuno spazio per una determinazione del compenso da parte del giudice (così come, *ça va sans dire*, non c'è spazio nella compravendita per una fissazione del prezzo da parte del giudice in mancanza di accordo tra le parti). Il che manifestamente qui non è.

E dunque anche il preventivo, inizialmente prescritto dal comma 4° dell'art. 9 d.l. n. 1/2012 (e poi ripreso dal comma 5° dell'art. 13 l. n. 247/2012), non ha riflessi sulla validità dell'incarico: oltretutto, trattandosi di un preventivo dichiaratamente «di massima», non possiede le caratteristiche dell'art. 1326 cod. civ. e non può quindi valere neppure come proposta contrattuale; il dovere di rendere previamente nota al cliente «la prevedibile misura del costo della prestazione» potendo al massimo rilevare su un piano disciplinare, non certamente su quello negoziale ⁽⁴⁶⁾.

7. ACCORDI SUL COMPENSO E SPESE DI SOCCOMBENZA. Occorre infine tenere ben distinta la seconda delle due fattispecie che il comma 2° dell'art. 9 d.l. n. 1/2012, impropriamente accomunava, definendole genericamente come «casi di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale», che ora però il comma 6° del-

⁽⁴⁶⁾ A tanto maggior ragione se si considera che, per tutti i contratti caratterizzati da postnumerazione (e dunque anche nel contratto d'opera intellettuale), occorre sempre un'espressa pattuizione per stabilire che il corrispettivo *preventivato* è immutabile: cfr. Cass., 7.10.1982, n. 5144, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce «Lavoro autonomo», n. 8; nel nostro caso, addirittura, è per definizione la stessa legge ad esigere non preventivi immutabili, ma al contrario appunto solo un preventivo «di massima».

l'art. 13 l. n. 247/2012, meglio esplicita e nuovamente torna a suddividere. Altro è infatti il caso in cui il giudice sia chiamato a decidere della lite tra patrono e cliente sul pagamento del compenso; cosa concettualmente ben diversa, invece, quando debba statuire sulle spese di soccombenza alla stregua dell'art. 91 cod. proc. civ. (o dell'art. 26 cod. proc. amm., che gli artt. 91 ss. cod. proc. civ. richiama) o nelle ipotesi residue «in cui la prestazione è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge» (art. 13 cit.).

Nel primo caso, come s'è visto, egli deve attenersi anzitutto ai criteri legali sovraordinati indicati all'art. 2233 cod. civ. (o 1709, che è dire lo stesso), e solo in via residuale potrà sostituire all'autonomia privata – o all'eteronomia sociale consacrata dagli usi – la propria determinazione discrezionale commisurata ai parametri (che sono parametri, appunto, di discrezionalità). Nel secondo caso, al contrario, il giudice deve in via principale determinare *ex officio* (art. 91 cod. proc. civ.) la misura di un debito che non ha fonte negoziale, che rappresenta un debito diretto della parte processuale verso l'altra parte processuale, e che di per sé non è destinato ad avere riflessi sul rapporto contrattuale cliente-patrono ⁽⁴⁷⁾: giacché l'art. 61 l. professionale del 1933 – almeno, finché vige ⁽⁴⁸⁾ – lo tiene nettamente separato dal rapporto interno. Questo potere officioso di regolamentazione delle spese del processo appartiene al giudice in via primaria ed esclusiva («condanna la parte soccombente al rimborso [...] e ne liquida l'ammontare»); a differenza del primo, è del tutto sottratto all'autonomia privata ⁽⁴⁹⁾; e può essere discrezionalmente temperato o modulato attraverso un potere di compensazione totale o parziale o di condanna

⁽⁴⁷⁾ Cass., 22.4.2010, n. 9633, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Avvocato», n. 199.

⁽⁴⁸⁾ Va ricordato infatti che, com'è esplicitato dalla stessa legge di riforma n. 247/2012, quest'ultima non sostituisce per intero il vecchio ordinamento forense: cosicché occorrerà attendere l'emanazione del t.u., delegato al governo dall'art. 64 nel termine di ventiquattro mesi, per una ricognizione della persistente vigenza del vecchio art. 61.

⁽⁴⁹⁾ Salvo che nel caso di conciliazione: art. 92, ult. comma, cod. proc. civ.

per singoli atti (che ovviamente non esiste nella prima ipotesi).

Solo nella *taxatio* degli onorari di soccombenza l'art. 60, l. prof. '33, nell'individuare i canoni alla cui stregua doveva concretamente esercitarsi un siffatto potere discrezionale, rinviava alla tariffa oggi abrogata; e altrettanto disponeva l'art. 75, disp. att., cod. proc. civ. Era dunque senz'altro esclusa anche nel sistema previgente – in cui comunque ai sensi dell'immutato art. 2233 (o 1709) cod. civ. l'accordo col cliente restava, allora come ora, la fonte principale di determinazione del compenso nel rapporto interno – una rilevanza esterna dei patti sul compenso conclusi tra il vincitore e il proprio patrono; ed era quindi esclusa la possibilità che le spese di soccombenza si commisurassero a quanto concretamente pagato dalla parte vincitrice⁽⁵⁰⁾.

La scelta di commisurare la condanna alle spese a criteri oggettivi e non soggettivi appare oltretutto perfettamente in linea con l'art. 24 Cost., contemperando l'esigenza fondamentale che «l'attuazione della legge non rappresenti una diminuzione patrimoniale per la parte a cui favore avviene»⁽⁵¹⁾ con quella, parimenti fondamentale, di assicurare effettività al diritto di ognuno di agire in giudizio, e di evitare così che il singolo sia trattenuto dal far valere i propri diritti o interessi per il timore di una condanna alle spese eccessiva, imprevedibile, e comunque dipendente, di fatto, dalle fortune economiche della controparte che fosse in grado di assicurarsi i difensori più costosi.

Qui sì, allora, a differenza che nei rapporti disciplinati dall'art. 2233 cod. civ., per effetto dell'art. 9 d.l. n. 1/2012, il parametro sostituisce direttamente la tariffa, come criterio oggettivo di riferimento per l'esercizio del potere officioso di tassazione delle spese di soccombenza e quindi (comma 5° dell'art. 9) nel rinvio formale contenuto all'art. 60 l. prof. e all'art. 75, disp. att., cod. proc. civ.

Ma appunto perché, quanto al resto, nulla è mutato nei principi generali che regolano la

condanna alle spese nel processo, appare del tutto da ripudiare l'idea che, abrogata la tariffa, nella nota spese il difensore possa (o addirittura debba) trasfondere e allegare il patto sul compenso intercorso col proprio assistito. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo⁽⁵²⁾ ha di recente statuito che il patto di quota lite (*honoraires de résultat* ovvero *success fees*)⁽⁵³⁾ convenuto tra il vincitore e i suoi avvocati non può essere ribaltato sul soccombente e posto a carico di quest'ultimo, nemmeno nei casi in cui il diritto interno dello Stato membro lo preveda come strumento per deflazionare il contenzioso in specifici settori, poiché ciò sortirebbe – a tacer d'altro – l'effetto appunto di pregiudicare seriamente il diritto individuale d'accesso a un tribunale.

8. NUOVI SCENARI DELLA RIFORMA FORENSE. Qualche considerazione ulteriore s'impone però dinanzi all'imminente entrata in vigore della l. 31.12.2012, n. 247, di riforma dell'ordinamento forense. Il quadro, così faticosamente ricomposto per le altre professioni intellettuali, potrebbe infatti risultare, una volta ancora, completamente sovvertito almeno per quanto riguarda la professione d'avvocato. Non solo e non tanto perché la novella forense dà ora (all'art. 14) un risalto esplicito proprio a quell'interdipendenza tra disciplina del mandato e disciplina del contratto d'opera professionale cui s'era accennato più sopra. Ma assai più perché, a partire dalla sua entrata in vigore, essa appare destinata a mutare radicalmente proprio la natura dei *parametri*, come originariamente delineata nell'art. 9 d.l. n. 1/2012, e come del resto tuttora operante per tutte le altre «professioni regolamentate nel sistema ordinistico» diverse da quella forense.

Agli occhi dell'interprete, invero, un dato spicca sopra tutti e s'impone con immediata evidenza: i parametri previsti nel testo del

⁽⁵²⁾ CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.1.2011, ric. 39401/04 (caso della diffamazione di Naomi Campbell sul *Daily Mirror*).

⁽⁵³⁾ È importante segnalare che il previgente divieto del patto di quota lite, che era stato espunto dall'art. 2233 cod. civ. dal c.d. decreto Bersani (d.l. 4.7.2006, n. 223), viene ora ripristinato dal comma 4° dell'art. 13 della legge di riforma n. 247/2012.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. infatti Cass., 30.3.2011, n. 7293, in *Foro it.*, 2011, I, 1720.

⁽⁵¹⁾ È la celebre massima di CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1923, 901.

comma 6° del nuovo art. 13 l. n. 247/2012 – tra l'altro mantenuti, sì, nella competenza del Ministro della giustizia, e però d'ora innanzi da emanarsi *su proposta* del Consiglio Nazionale Forense (diversamente da quelli contemplati all'art. 9 d.l. n. 1/2012) – non saranno più destinati ad operare unicamente «in caso di liquidazione giudiziale dei compensi», così come lo sono i parametri del d.l. n. 1/2012; al contrario, essi si applicheranno *tout court*, ancor prima e al di fuori di ogni liquidazione giudiziale, ogniquale volta «all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta» e comunque «in ogni caso di mancata determinazione consensuale». Tanto basta ad alterarne completamente la concezione originaria, essendo evidente che i (nuovi) parametri forensi riacquisteranno l'attitudine alla eterointegrazione del contenuto contrattuale, che appunto era propria delle abrogate tariffe⁽⁵⁴⁾; e dunque costituiranno essi stessi a loro volta – per l'avvenire – propriamente *tariffe* (ossia corrispettivi amministrati), per lo meno nel senso inteso dall'art. 2233 cod. civ. Tutto l'apparato modificativo, che in un primo

tempo sembrava dover radicalmente sovvertire i criteri di determinazione del compenso nella professione intellettuale forense, si riduce insomma a un nuovo *nomen iuris* e ad un modesto rafforzamento dei poteri ministeriali nel procedimento amministrativo di produzione della fonte tariffaria; rafforzamento che, paradossalmente, contribuisce a porre quest'ultima ulteriormente al riparo da dubbi di conformità al diritto comunitario, rendendola ancor meglio compatibile con la giurisprudenza *Arduino*⁽⁵⁵⁾.

Se a ciò si aggiunge che l'art. 2, comma 6°, della novella oggi, sorprendentemente, annovera tra le prestazioni riservate anche «l'attività professionale di consulenza legale e assistenza legale stragiudiziale»⁽⁵⁶⁾, che prima d'ora per secolare tradizione e per giurisprudenza incontrovertita mai si era giudicata riconducibile alla previsione dell'art. 2231 cod. civ.⁽⁵⁷⁾; ed infine che – come già accennato⁽⁵⁸⁾ – il comma 4° dell'art. 13 ha ripristinato il divieto del patto di quota lite, c'è davvero da chiedersi in che cosa, ammesso *per inconcessum* che se ne avvertisse il bisogno, la liberalizzazione sia consistita.

⁽⁵⁴⁾ A dispetto dell'enunciazione di principio ch'era contenuta al comma 2° dell'art. 9, d.l. n. 1/2012 («Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1° [...]») e nonostante l'ammonimento contenuto nel parere del CONS. STATO, sez. atti norm., 21.6.2012, n. 3126, in *www.giustiziaamministrativa.it*, affinché il parametro non divenisse una «tariffa mascherata».

⁽⁵⁵⁾ CORTE GIUST. CE, 19.2.2002, causa C-35/99, cit. (nt. 2). Ed invero, diversamente dal regime precedente in cui l'approvazione ministeriale sostanzialmente un mero controllo estrinseco della tariffa deliberata dal C.N.F., nella nuova sequenza procedimentale delineata dall'art. 13, l. n. 247/2012, il decreto del ministro costituisce il vero e proprio atto deliberativo, laddove all'ordine professionale viene lasciata soltanto l'iniziativa del procedimento (cfr., per le differenti tipologie procedimentali, GESSA-P. TACCHI, voce «Tariffe professionali», in *Enc. giur. Trecani*, XXX, Ed. Enc. it., 1993, par. 1.2.).

⁽⁵⁶⁾ Sia pur «fuori dei casi in cui ricorrono competenze *espressamente* individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti *altre professioni regolamentate*».

⁽⁵⁷⁾ *Ex plurimis*, CASS., 21.1.2010, n. 997, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2949; CASS., 30.5.2006, n. 12840, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Professioni intellettuali», n. 168.

⁽⁵⁸⁾ *Supra*, nt. 52.