

CLAUDIO SARRA

*Il potere normativo del CNF
in un recente sviluppo giurisprudenziale
Prime riflessioni per una necessaria rivisitazione del problema*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il caso.* – 3. *Recenti sviluppi giurisprudenziali in merito alla giuridicità delle norme deontologiche.* – 4. *Recenti sviluppi normativi.* – 5. *Conclusione: ancora sulla necessità di ripensare la “natura” della norma deontologica e una proposta de iure condendo.*

1. *Introduzione*

Il Codice Deontologico Forense è stato di recente modificato in più occasioni dal Consiglio Nazionale Forense con il fine di adeguarlo al mutato assetto ordinamentale in tema di libere professioni¹.

Pur in assenza di una nuova disciplina organica del tema, gli interventi che si sono succeduti negli ultimi anni hanno inciso su punti sensibili e, per certi aspetti, qualificanti quella che era la visione tradizionale delle libere professioni, onde, tra le molte questioni che tali novità hanno suscitato, ci si chiede in particolare se non si vada formando una mutata concezione di questo tipo di mestieri sì da ritenere ingiustificata una disciplina di settore eccezionale rispetto ad altre forme di lavoro autonomo².

¹ L'ultima modifica di rilievo, come si dirà, è stata determinata dall'introduzione del Decreto-Legge 4 luglio 2006, num. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, num. 248. Più recentemente ancora, nella seduta del 12 giugno 2008, il Codice Deontologico è stato oggetto di un ulteriore ritocco a seguito delle osservazioni dell'Autorità Garante della concorrenza ed il mercato. Il Consiglio Nazionale Forense, peraltro, non ha ritenuto di accogliere tutte le osservazioni del Garante in particolare per quanto riguarda la rimozione del limite del rispetto della dignità e del decoro per l'attività pubblicitaria o, ancora, per quanto riguarda la rimozione del divieto di pubblicità comparativa ed elogiativa.

² In particolare è in questione la riducibilità o meno del concetto di libera professione a quello di impresa e la conseguente applicazione integrale delle discipline in materia di concorrenza e tutele del consumatore. Sul punto vedi *infra*.

L'eccezionalità che, secondo l'opinione tradizionale, caratterizza le libere professioni, ha avuto tra le varie conseguenze anche il riconoscimento di varie forme di autonomia che sono arrivate sino al mantenimento di autentiche giurisdizioni speciali, come è appunto nel caso della professione forense con riferimento al potere disciplinare del Consiglio Nazionale, cui si accompagna, sempre secondo la comune ricostruzione, il potere di emanare norme deontologiche vincolanti gli iscritti alla categoria.

A queste ultime, in effetti, si guarda oggi con sempre maggior interesse, ritenendo di poter quivi ritrovare quelle caratteristiche proprie della professione forense, tali da distinguere l'attività di questo professionista da quella di ogni altro.

In quanto specificazioni esemplari di quella "dignità" che la legge professionale richiama ma non declina con puntualità di contenuti (artt. 12 e 38 R.D. L. 1578/1933), esse sembrerebbero riferire dei valori costitutivi che caratterizzano dall'interno l'avvocatura. In quanto, inoltre, la deontologia traduca nella doverosità di regole generali e puntuali il "decoro" (*ibidem*), essa sembra riferire anche la dimensione esterna della professione forense; sicché ne deriverebbe un disegno a tutto tondo di quel peculiare professionista che è l'*advocatus* che vedrebbe sanzionati i propri comportamenti quando essi vadano al di là ("abusi" ex art. 38 R.D.L. 1578/1933) o restino al di qua ("mancanze", *ibidem*) di ciò che deve a lui richiedersi in conformità a quei confini autonomamente tracciati dall'organo di autogoverno della categoria³.

Circa il fondamento e la natura delle norme deontologiche esistono, tuttavia, delle questioni teoriche non compiutamente risolte la cui urgenza si manifesta perciò oggi più che in passato dal momento che sulla questione dei valori propri della professione che tali norme dovrebbero affermare, si gioca la possibilità di individuare un limite all'azione di un legislatore eventualmente improvvisto.

In questo lavoro, verrà evidenziato come sia possibile ritrovare una certa coerenza tra alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di deontologia forense e gli ultimi interventi normativi in materia di libere professioni nel segno di un drastico ridimensionamento dell'autonomia tradizionalmente riconosciuta all'Ordine. La cosa interessante è che questo movimento è stato avviato da un fenomeno salutato con favore dagli avvocati, vale a dire il riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità della giuridicità delle norme deontologiche, questione, questa, invero assai discussa.

³ A questo proposito, significativamente, in letteratura Claudio Sartea ha parlato di "verità della professione", cfr. C. Sartea, *L'emergenza deontologica*, Aracne, Roma 2007.

Ebbene, verrà mostrato come proprio a partire dalla vaghezza con cui è avvenuto questo riconoscimento che sembra siasi avviato un processo di svuotamento dell'autonomia dell'Ordine e ciò sia in linea con i più recenti interventi del legislatore.

Inoltre, in chiusura di questo lavoro, si cercherà di offrire alla discussione una proposta de iure *condendo* che vada invece nel senso della necessità di un'affermazione al massimo livello legislativo, quello costituzionale, del ruolo e della funzione forense in quanto, a parere di chi scrive, essa è irriducibile ad ogni altra professione e il rafforzamento della sua autonomia, in quanto tuteli la libertà del suo esercizio, è conforme ai principi supremi dell'ordinamento e non può pertanto essere in balia né del legislatore ordinario, né della magistratura⁴.

2. Il caso

Prenderemo le mosse da una breve discussione della sentenza Cass. Civ., sez. III, del 30 luglio 2001, num. 10389, che, sebbene sia in tema di deontologia medica, si presta ad interessanti considerazioni di carattere generale, come d'altro canto hanno subito notato gli attenti commentatori⁵.

La Suprema Corte, decide sul ricorso presentato da un medico pediatra che era stato sanzionato dalla Commissione disciplinare dell'ordine dei medici locale in quanto il rifiuto da lui opposto alla richiesta di visita domiciliare da parte dei genitori di un bimbo di tredici mesi affetto da febbre, avrebbe violato l'art. 3 del Codice Deontologia Medica. La norma

⁴ Per le ragioni che si espongono nel testo, sarà evidente che chi scrive non è affatto entusiasta dell'affermata giuridicità delle norme deontologiche cui in giurisprudenza si è pervenuti e ciò per la grave vaghezza sui principi con cui ciò è avvenuto e per le conseguenze che stanno seguendo questa affermazione. Secondo il mio modesto parere, a differenza di quanto autorevolmente sostenuto recentemente da Remo Danovi (al cui lavoro in materia di deontologia forense tutti noi siamo debitori), si sta in effetti affermando un movimento potenzialmente idoneo ad esautorare le prerogative del Consiglio Nazionale Forense le quali, invece, andrebbero riaffermate con forza chiarendone i presupposti ed assicurando conseguentemente al Consiglio il ruolo di organismo di vertice dell'ordinamento costituzionale, come verrà chiarito in chiusa di questo lavoro. Sul punto e, come detto, *contra* cfr. R. Danovi, *Il fondamento giuridico delle norme deontologiche*. Cass. Civ. SS.UU. 20/12/07, n. 26810, in «La Previdenza Forense», 2, 2008, pp. 116-120.

⁵ Mi riferisco in particolare al contributo di Gian Domenico Comporti a commento della sentenza Cass. Civ. Sez. III, 30 luglio 2001, num. 10389, apparso in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 2002, 3, pp. 855 ss, e intitolato *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*.

citata, infatti, nel prescrivere i doveri essenziali del medico individuo, oltre alla “tutela della vita, della salute fisica e psichica dell’Uomo”, anche “il sollievo dalla sofferenza” che nella fattispecie il medico pediatra avrebbe trascurato non percependo il bisogno di rassicurazione dei genitori del piccolo, insito nella loro richiesta di visita domiciliare⁶.

La decisione della Commissione di disciplina locale veniva in effetti confermata dalla Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie avverso la cui decisione il medico proponeva il ricorso che ha condotto alla decisione della Corte di Cassazione.

Difendendosi, il pediatra (oltre ad alcune censure attinenti alla regolarità dei procedimenti disciplinari che qui non ci interessano), evidenziava che il proprio rifiuto era stato determinato da una valutazione di scarsa rilevanza dei sintomi riferiti e che nell’offrire alcuni consigli terapeutici telefonicamente, si era anche reso disponibile alla visita domiciliare in caso di aggravamento.

L’aspetto interessante di questa difesa sta nel fatto che essa aveva dalla sua l’invocazione di una norma giuridica precisa, espressa in una disposizione normativa contenuta in una fonte formale (secondaria) dell’ordinamento statale, vale a dire l’art. 33 del D. P. R. 21 ottobre 1996, num. 613, il quale ultimo, recependo in un atto normativo dello Stato l’accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici specialisti pediatri di libera scelta, attribuisce indubbia validità formale e, quindi, valenza di diritto oggettivo, alle disposizioni ivi contenute. L’art. 33 citato si riferisce esattamente alla questione delle modalità di visita e al comma terzo prescrive che “la visita domiciliare, qualora ritenuta necessaria, secondo la valutazione del pediatra, avuto riguardo alla non trasportabilità dell’ammalato, deve essere eseguita di norma nel corso della stessa giornata, ove la richiesta pervenga entro le ore dieci; ove invece, la richiesta venga recepita dopo le ore dieci, la visita dovrà essere effettuata entro le ore dodici del giorno successivo”, con il che si attribuisce indubbiamente al professionista un potere di valutazione discrezionale circa la necessità della visita domiciliare.

⁶ L’art. 3 del Codice di Deontologia Medica prescrive che: “Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell’Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell’accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona”. Nel caso di specie il medico non avrebbe percepito e riscontrato il bisogno di rassicurazione dei genitori e sarebbe perciò venuto meno all’obbligo di procurare loro il sollievo dalla sofferenza.

Ebbene, la Corte ha ritenuto quest'ultimo richiamo del tutto inconferente: «Nella fattispecie, infatti, non è contestata all'incolpato la violazione della predetta norma, che regola i rapporti tra il pediatra di base ed il SSN, ma di aver tenuto una condotta in violazione di quanto prescritto dall'art. 3 del codice deontologico, che, regolando il comportamento di tutti coloro che sono iscritti all'albo di categoria, prescinde da specifici accordi di diversa natura, che, come tali, non possono influenzare il comportamento cui sono tenuti tutti i sanitari per effetto del predetto codice deontologico». Quanto poi alla interpretazione dell'art. 3 del Codice Deontologico offerta dalle Commissioni sanzionanti, la Corte ritenne di non poterla sindacare giacché l'impugnazione per "violazione di legge" ex art. 111 Cost. "non si estende al difetto di motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.) ed in particolare non consente il sindacato sulla motivazione che, per essere esercitato, richiede il raffronto tra dati acquisiti al processo e contenuto della decisione. Esso consente solo il sindacato che consiste nel porre a raffronto gli elementi di fatto risultanti dalla decisione impugnata e la valutazione che il giudice dichiara di averne fatto ed inoltre la *connessione logica tra le diverse affermazioni* in cui si articola la motivazione: se la motivazione mancasse di tali requisiti, il provvedimento giurisdizionale mancherebbe affatto di motivazione, in violazione dell'art. 111, Cost. (Cass. 14 gennaio 2000, n. 362). In tali giudizi, l'indicazione delle regole della deontologia professionale e *la loro applicazione alla valutazione degli addebiti* attengono al merito del procedimento e sono insindacabili in sede di legittimità, se congruamente motivate, in quanto si riferiscono a precetti extragiuridici ovvero a regole interne della categoria, non già ad attività normativa"⁷.

Notiamo immediatamente la curiosa strategia argomentativa della Cassazione quando parla del D. P. R. 613/1996 come di "accordi di diversa natura" di contro alle norme deontologiche cui devono sottostare tutti i sanitari. Infatti se è vero che il Decreto citato recepisce il contenuto di accordi collettivi nazionali è anche vero che non si è di fronte ad un mero atto tra privati ma, come detto, a norme di diritto oggettivo, elemento questo che viene senz'altro sminuito dalla presentazione che ne fa la Corte che invece sottolinea più marcatamente il carattere di doverosità un po' "a prescindere" del codice deontologico medico. Quest'ultimo, però, non essendo recepito in alcuna fonte formale dell'ordinamento statale, a rigore, diritto oggettivo non è, come d'altronde la Corte stessa afferma in chiusa della citazione sopra riportata. D'altro canto non può dirsi che non vi sia potenziale conflitto tra i contenuti delle due norme. Di

⁷ Così, testualmente Cass. Civ., sez. III, del 30 luglio 2001, num. 10389, i corsivi sono miei.

primo acchito, infatti, potrebbe non vedersi alcun problema giacché la norma deontologica imporrebbe al professionista obblighi più restrittivi rispetto alla norma formale, coprendo uno spazio lasciato libero da quest'ultima senza sovrapporsi o contraddicendone il contenuto: se la norma statale consente la decisione discrezionale della necessità della visita domiciliare ebbene la norma deontologica richiede che questa valutazione segua dei criteri particolarmente restrittivi che tengano conto dei doveri che incombono su ogni medico, tra i quali vi sarebbe quello di corrispondere il bisogno di assicurazione dei pazienti. Dunque, potrebbe concludersi, nel caso di specie, se è vero che la decisione del pediatra non viola la legge, è altrettanto vero che essa non si è fatta carico del dovere del medico di recare "sollevio della sofferenza", in questo caso, psichica, dei genitori del piccolo paziente, contravvenendo così ad un dovere non giuridico ma imposto dalla categoria all'interno dello spazio discrezionale lasciato aperto dalla norma dello Stato.

Ma come sempre, le cose non sono affatto così semplici. Se noi, infatti, teniamo in debito conto la natura formale della fonte secondaria che recepisce l'accordo collettivo, sottolineandone, direi doverosamente, la natura di diritto oggettivo, dobbiamo muovere dalla considerazione che essa "regola, ai sensi dell'art. 8, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517, il *rapporto di lavoro* autonomo, continuativo e coordinato, che si instaura fra le Unità sanitarie locali quali Aziende dotate di personalità giuridica pubblica [...] ed i medici pediatri per l'erogazione in forma diretta dell'assistenza specialistica pediatrica ai minori"⁸. In altri termini esso è vero e proprio "diritto del lavoro" dello Stato italiano. In quanto tale, va da sé, intende affermare una disciplina giudicata dal legislatore di interesse non meramente privatistico, e, recependo il contenuto di un accordo collettivo, essa garantisce protezione e "copertura formale" agli interessi di tutte le parti coinvolte nei contratti di lavoro cui si riferisce. Ora, vista in questi termini, dal punto di vista (interno) dell'ordinamento giuridico italiano, e rimanendo certamente su un piano formale, è dubbio che sia tollerabile l'aggiunta di obblighi ulteriori in capo ad una parte, per mezzo di norme di categoria non "giuridiche", che interferiscano, piuttosto significativamente, sull'interesse, questo sì, riconosciuto formalmente, degli altri soggetti, contemplati e tutelati dalle norme di diritto che entrino in rapporto con quella. Chi può affermare con certezza che quella norma del D. P. R. 613/1996 nel richiedere la valutazione discrezionale del medico non protegga con ciò anche i diritti

⁸ Art. 1, num. 2, D. P. R. 613/1996, rubricato "Campo di applicazione", corsivo mio.

dell'Azienda Sanitaria che ha il legittimo interesse a non vedersi svuotati gli ambulatori perché i propri medici sono impegnati in visite domiciliari ritenendosi obbligati a ciò a mera richiesta di un genitore (il quale, si può credere, quando si dispone a chiamare il medico rilevando un problema di salute del proprio figlio, ha sempre un certo bisogno di rassicurazione)?

Se questa interpretazione è appena plausibile allora il conflitto se non di norme, di ordinamenti, c'è tutto e la decisione della Corte, probabilmente contro le intenzioni, assume una dimensione notevole. Essa ha escluso senz'altro la rilevanza della norma regolamentare per la fattispecie ritenendo con ciò che non vi fosse alcun concorso né un potenziale conflitto tra l'affermazione in una norma di diritto oggettivo di un potere discrezionale che nella valutazione della necessità medica presumibilmente richiede di far intervenire anche considerazioni di carattere "pubblicistico" sulle conseguenze di un impegno fuori ambulatorio (conformemente, d'altro canto, alla duplice locuzione costituzionale sul tema della salute dichiarata "fondamentale diritto dell'individuo" ma anche contestualmente "interesse della collettività")⁹, ed una norma deontologica interpretata in modo tale da divenire idonea a far sorgere obblighi assai più cogenti sul singolo impedendogli di fatto ogni considerazione ulteriore rispetto al puntuale rapporto instaurato con uno specifico paziente (e, nel caso del pediatra, con i genitori di questo). E si noti che la Corte esclude il concorso in favore della norma non giuridica (in senso formale).

Dobbiamo notare almeno due punti problematici della sentenza. Il primo riguarda la difficile declinazione del sindacato della Corte di fronte ad un'impugnazione ex art. 111 Cost., per violazione di legge. La Cassazione qui altro non fa che riportare il contenuto di altri Suoi precedenti interventi ma con ciò non può certo dirsi che sia tutto già stato chiarito di talché il mero richiamo basti rendere ragione della decisione. Infatti, in un contesto argomentativamente caratterizzato quale è quello della motivazione¹⁰, è davvero difficile distinguere nettamente "discorsi di merito" del giudice speciale, definiti insindacabili dalla corte, dalla "connessione lo-

⁹ Art. 32 Cost.

¹⁰ Per una ricostruzione dell'argomentazione giudiziale in termini argomentativo-retorici includendo in essa anche la motivazione del giudice cfr. P. Moro, *Fondamenti di retorica forense*, Libreria al Segno, Pordenone 2004, pp. 70-75. Si usa più frequentemente distinguere tra "motivazione esterna" ed "interna" alludendo con la prima espressione l'attività pragmatico-argomentativa di ricerca delle premesse del c.d. "sillogismo giudiziale" che invece avrebbe natura logico-deduttiva e costituirebbe la parte "interna" della motivazione. Sul punto, con acute osservazioni critiche, cfr. S. Fuselli, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 255-297.

gica tra le affermazioni” dello stesso giudice, che invece la Corte dovrebbe vagliare e tutto questo dall'*applicazione* delle norme deontologiche, di cui invece, non si dovrebbe occupare.

Quanto al secondo punto problematico, che in questa sede ci interessa particolarmente, consideriamo il commento di Gian Domenico Comporti secondo il quale il caso sarebbe interpretabile come concorso di norme disciplinanti il comportamento del medico nella stessa fattispecie, sicché la soluzione offerta dalla Corte che dispone la preferenza della norma deontologica su quella di diritto, si tradurrebbe in una attribuzione alla prima di quel valore giuridico che invece è negato a parole¹¹. Il fenomeno si spiegherebbe, secondo lo studioso, solo ricorrendo ad una ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti, statale e professionale, in termini istituzionalistici, sicché indubbia sarebbe la natura giuridica delle norme deontologiche e avrebbero efficacia nell'ordinamento statale in quanto fonti-fatto che in caso di concorrenza con fonti interne potrebbero trovare applicazione in ragione del principio di competenza¹².

La giustificazione del potere normativo del CNF di tipo istituzionalistico è quella tradizionalmente affermata ed è, sotto un certo profilo, quella che offre maggiori vantaggi dal punto di vista degli appartenenti alla categoria in

¹¹ G. D. Comporti, *La deontologia medica*, cit.

¹² Precisamente scrive G.D. Comporti, *La deontologia medica*, cit., p. 857: “i gruppi professionali (oggi per lo più entificati dal diritto positivo in enti pubblici associativi) in quanto istituzioni deputate ad assicurare l'autonomia, il decoro e prestigio dei professionisti e la correttezza delle prestazioni rese ai terzi, costituiscono degli ordinamenti giuridici particolari che nell'esercizio delle funzioni soprattutto di carattere disciplinare producono proprie norme che assumono rilevanza giuridica anche per l'ordinamento statale, vuoi perché concorrono ad integrare e specificare alcuni principi giuridici (diligenza, correttezza, trasparenza, riservatezza) che trovano applicazione nei giudizi civili e penali vuoi perché il diritto positivo fa ad esse rinvio (c.d. mobile o formale), in misura più o meno esplicita, per la determinazione degli ambiti di attività e di responsabilità dei singoli professionisti. Nel primo caso, la rilevanza delle norme dell'ordinamento professionale passa attraverso l'applicazione di precetti giuridici propri dell'ordinamento statale; nel secondo caso, la stessa si perfeziona riconoscendo l'applicazione che di esse viene fatta nelle pratiche terapeutiche, nelle procedure disciplinari e dalle giurisdizioni domestiche dei singoli ordini. In tutti i casi, comunque, la relazione tra i due ordinamenti si risolve, non già nella statizzazione della fonte normativa dell'ordinamento particolare, ma nel riconoscimento della sua efficacia all'interno dell'ordinamento generale. Dette fonti, pertanto, lungi dal potersi qualificare direttamente come fonti-atto dell'ordinamento statale, sono da questo trattate alla stregua di fonti-fatto di ordinamenti esterni, ovvero come fatti produttivi di effetti giuridici rilevanti. Eventuali ipotesi di concorrenza tra le norme dei due ordinamenti si risolvono - come è avvenuto nel caso in esame - ricorrendo al criterio della competenza”.

quanto consente loro di rivendicare una sorta di “condizione di parità” (sul piano dell’esistenza giuridica)¹³, rispetto all’ordinamento statale e ne riafferma l’autonomia. Come è noto, la caratteristica della visione istituzionalistica sta nel fatto di attribuire il carattere della giuridicità ad ogni gruppo umano in ragione del suo costituirsi in un ordine sociale organizzato. In quanto tale esso diviene ordinamento giuridico sicché le norme di condotta che esso eventualmente formalizzi, ripetono da quello la propria giuridicità¹⁴. Una tale

¹³ «Riassumendo e concludendo. Perché l’esistenza di un ordinamento dipenda da un altro [...] occorre che esso si trovi in uno stato di subordinazione. Questa subordinazione dev’essere affermata da ambedue gli ordinamenti: che se, invece, è una semplice esigenza dell’ordinamento superiore, non riconosciuta da quello inferiore, potranno dal primo dipendere altri momenti di quest’ultimo, specialmente la sua efficacia [...] ma non la sua esistenza». Cfr. S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945², pp. 125-126.

¹⁴ «Il processo di obiettivazione che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l’emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere quell’*io* sociale di cui si parla. Non c’è alcuna ragione per ritenere che quest’ultimo sia un termine *a quo* del diritto: esso è il diritto stesso, e la norma non è che la sua voce o, meglio, una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine», così S. Romano, *L’ordinamento*, cit., p. 16. I tre elementi che il Romano riteneva essenziali per una definizione del diritto sono: il riferimento al concetto di società, l’idea di ordine (sociale), la natura soverchiante dell’ordine rispetto alle regole di condotta, cfr. *op. ult. cit.* pp. 21-22. Scrive Piscione: «Le varie categorie professionali hanno tendenza naturale ad organizzarsi in altrettanti gruppi sociali e quindi veri e propri ordinamenti giuridici particolari nei quali l’azione reciproca dei componenti del gruppo e la loro omogeneità di occupazione determinano – fin dalla costituzione del gruppo – la formazione di regole di condotta che prendono origine dalla morale comune, ma che poi ulteriormente si qualificano per la particolare sensibilità etica e culturale dei professionisti e per la molteplicità e complessità delle istanze umane che l’esercizio della professione pone continuamente innanzi a ciascuno di loro. Sorgono così, come prodotto spontaneo del gruppo, che in base a ciò si organizza, quell’etica professionale, quelle regole di correttezza professionale che ancora oggi costituiscono la parte sociologicamente fondamentale della normazione professionale», cfr. Piergiovanni Piscione, *Professioni (disciplina)*, in «Enciclopedia del diritto», Vol. XXXVI, Giuffrè, Milano 1987, p. 1049. Analogamente in R. Danovi, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Giuffrè, Milano 2003, p. 272: con riferimento all’attività normativa del CNF, si legge: «non si tratta di innovare, cioè di creare regole nuove, ma di *identificare quelle esistenti* che sono ritenute tali nell’opinione comune e che gli organi forensi quotidianamente applicano (o dovrebbero applicare): è la stessa positività dell’ordinamento che legittima tale attività di identificazione». In giurisprudenza si è affermato che «la materia disciplinare, [è] attinente, in sostanza, alle regole di deontologia professionale che l’Ordine ha ritenuto di dare a se stesso ed ai propri appartenenti riconoscendone la validità e la conformità alla *communis opinio* in un determinato momento storico ed in un determinato contesto sociale», (Cass. SS.UU., 6213/2005)

spiegazione è stata in passato invocata con riferimento al fenomeno ordinistico in tutte le sue declinazioni: sotto questo profilo non vi è differenza tra l'ordine dei medici e, per esempio, quello forense¹⁵. Circa quest'ultimo, che è in realtà quello che qui ci interessa di più, la natura giuridica delle norme deontologiche è stata di recente affermata *expressis verbis* dalle Sezioni Unite della giurisprudenza di legittimità ma, di nuovo, in termini tali da non essere in grado di fugare ogni dubbio e chiarire tutti i termini della questione, di talché ne è seguito uno sviluppo giurisprudenziale che ha finito recentissimamente col disattendere il tradizionale riferimento teorico.

3. *Recenti sviluppi giurisprudenziali in merito alla giuridicità delle norme deontologiche*

Come si è accennato, l'affermazione netta della giuridicità delle norme deontologiche da parte delle sezioni unite della Corte di Cassazione è avvenuta con la sentenza 6 giugno 2002, num. 8225 che ha suscitato un certo interesse. In essa si legge: "Come è noto, nelle materie attinenti agli illeciti disciplinari commessi da appartenenti a determinate professioni l'ampiezza delle formule generalmente adottate dal legislatore per indicare le azioni o le omissioni disciplinarmente rilevanti comporta per l'interprete la necessità di integrare le clausole generali con il ricorso a fonti normative diverse, anche di rango infralegislativo, come le norme di etica professionale: queste Sezioni Unite hanno già posto in rilievo la legittimità di tale integrazione, osservando che in relazione all'illecito disciplinare, che esula dal campo penale, non può ipotizzarsi un contrasto con il principio di legalità in senso stretto enunciato dall'art. 25 comma 2 della Costituzione e che d'altro canto il ricorso a dati normativi esterni, pur sempre caratterizzati da giuridicità, risponde all'esigenza di evitare un'elencazione tassativa dei singoli divieti o dei singoli doveri, che potrebbe lasciare esenti da sanzione comportamenti non previsti, ma considerati riprovevoli dalla coscienza collettiva (v. sul punto S.U. 1998 n. 11732; 1997 n. 10922; 1997 n. 5225) [...] In questa prospettiva le norme del codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti

¹⁵ Si legge in Cass., sez. un., 579/1961 «L'appartenenza ad una collettività (che in quanto istituzione è altresì ordinamento giuridico) crea rapporti fra il gruppo eretto in persona e il singolo che concorre a formarlo in virtù dei quali questi è tenuto ai comportamenti richiesti dai fini istituzionali del gruppo», la sentenza è riportata in Remo Danovi, *Corso di ordinamento forense*, Giuffrè, Milano 2003, p. 7, proprio con l'intento di sottolineare la natura giuridica dell'ordinamento professionale.

nell'ambito dell'ordinamento di categoria, che trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense"¹⁶.

Come si vede, i termini impiegati sono, sul piano della ricostruzione di una teoria generale di fondo, piuttosto vaghi: la Cassazione inserisce le norme deontologiche tra le "fonti normative di rango infralegislativo" con funzione integrativa delle norme generali della Legge professionale, e le dichiara perciò giuridiche. Dovrebbe forse dirsi più correttamente che è il Codice Deontologico Forense la fonte normativa integrativa (come in effetti la Corte in altri passi della sentenza sembra fare), se non fosse che il caso di specie che ha originato la sentenza num. 8225/2001 rende la cosa perplessa. Infatti, tra gli addebiti rivolti all'avvocato ricorrente v'era la violazione dell'art. 40 c. d. f., per non aver informato tempestivamente il cliente dell'esito della controversia. Tra i motivi di ricorso, l'avvocato sottolineava come la norma in parola attribuisca all'avvocato un potere discrezionale circa l'opportunità di dare informazione al cliente durante lo svolgimento del mandato, il che sul piano letterale è senz'altro vero¹⁷. La Corte ha rigettato il motivo sostenendo la non tassatività degli illeciti disciplinari indicati nel codice, come d'altro canto è affermato chiaramente nell'art. 60 c.d.f., e ribadendo l'autonomia del Consiglio Nazionale Forense nell'identificare nuove ipotesi di illecito, sicché ne viene che la vera fonte che nel caso di specie è stata chiamata ad integrare le disposizioni della legge professionale non è il Codice in quanto tale ma la stessa decisione del Consiglio Nazionale Forense che in essa ha individuato un altro caso di obbligo di informazione sebbene *praeter litteram*. Queste ambivalenze, invero, preludono ad uno slittamento suscettibile di introdurre significative novità rispetto alla concezione tradizionale della autonomia ordinistica.

Infatti, rileggendo la famosa e spesso citata nota di Aldo M. Sandulli del 1961¹⁸, ove sono indicate le ragioni dei limiti di sindacato ex art. 111 Cost. sulle decisioni del Consiglio Nazionale Forense, notiamo che il quadro ivi nitidamente disegnato diviene ora assai più opaco. Il grande amministrativista spiegava in quell'intervento che l'autonomia riconosciuta alle classi dei professionisti intellettuali "ha forse la più squisita e gelosa espressione nella creazione spontanea e nell'elaborazione di

¹⁶ Nello stesso anno la Cass. con sentenza 23 gennaio 2002, num. 762 richiama la funzione normativa del CNF riconoscendone il "fondamento" nella Legge Professionale ma senza dichiarare con ciò la giuridicità delle norme prodotte.

¹⁷ Come è noto in queste ipotesi l'obbligo scatta di fronte alla richiesta del cliente, cfr. art. 40 C. D. F.

¹⁸ A. M. Sandulli, *Regole di deontologie professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in «Giustizia Civile», 1961, I, pp. 616-620.

precetti di deontologia professionale”¹⁹, che di conseguenza “lo Stato [...] si rimette alla sensibilità della classe e dei suoi organi per la selezione, la conservazione e l’osservanza delle regole di correttezza e di decoro professionale, astenendosi però per queste da ogni ingerenza”²⁰, e che pertanto “nessun potere di sindacato può essere riconosciuto alla Corte di Cassazione in ordine alla configurazione da parte degli organi professionali di un certo fatto del professionista come ‘abuso’ o ‘mancanza’ o come ‘fatto non conforme alla dignità e al decoro professionale’”²¹.

Ne viene che le regole deontologiche vengono in rilievo come “precetti extragiuridici” che non sono elevati a norme dell’ordinamento generale e, dal momento che la ricerca e l’applicazione di regole extragiuridiche atterrebbero al merito, il sindacato su queste attività sarebbe precluso alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione²².

In linea con questa rappresentazione, anche dopo la sentenza 8225/2002, la Corte ha affermato, oltre al sempre ribadito rispetto dell’autonomia del Consiglio nell’individuazione di fattispecie di illecito disciplinare, che, “le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli Ordini professionali, se non recepite direttamente da una norma di legge (ad esempio in materia di segreto professionale, tutelato anche nei confronti dell’autorità giudiziaria), non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all’art. 12 delle preleggi, ma sono espressione dei poteri di autorganizzazione degli ordini (o Collegi) sì da ripetere la loro autorità - come evidenziato in dottrina - oltre che da consuetudini professionali anche da norme che i suddetti Ordini (o Collegi) emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare”. In quanto tali, esse sono interpretabili alla luce dei criteri di interpretazione negoziale di cui agli artt. 1363 e ss. c.c. e tale faccenda costituisce una *quaestio facti* insindacabile in sede di legittimità (Cass. S.U., sent. 10 luglio 2003, num. 10842)²³.

Ma la conquistata convinzione della giuridicità delle norme deontologiche non poteva che determinare un moto di ripensamento della Corte. Come è evidente, se le norme deontologiche vengono definite giuridiche in ragione del ruolo integrativo delle disposizioni generali della legge professionale, esse vengono ad avere la stessa funzione cui intendevano assolvere quelle disposizioni. Anzi, è grazie alle norme deontologiche che

¹⁹ A. M. Sandulli, *Regole*, cit., p. 616.

²⁰ A. M. Sandulli, *Regole*, cit., p. 618.

²¹ A. M. Sandulli, *Regole*, cit. p. 619.

²² A. M. Sandulli, *Regole*, cit. p. 620.

²³ E sarebbe sindacabile la violazione di questi ultimi canoni ex art. 360, num. 3, c.p.c.

quelle disposizioni si riempiono di contenuto e sono operative²⁴. Di qui a riconoscerne il valore di diritto oggettivo dell'ordinamento generale, con rovesciamento della prospettiva tradizionale, il passo è breve. Ed infatti, ciò puntualmente accade. Nella sentenza 13078, del 14 luglio 2004, la sez. III della Corte di Cass., in tema di illeciti disciplinari con riferimento al codice deontologico emanato dal Consiglio nazionale dei Geometri afferma: "Va, innanzitutto, affermato, in relazione alla eccezione, opposta nel controricorso, di inammissibilità dei motivi formulati con il ricorso per cassazione, che la censura di violazione del codice deontologico (in cui, secondo l'incolpazione, si è sostanziato l'illecito disciplinare ascritto al geom. Bianchi) prospetta il vizio di violazione di norme di diritto, previsto dall'art. 360 n. 3 c.p.c. come motivo di ricorso per cassazione (anche del ricorso straordinario proposto ex art. 111 Cost., quale è quello qui deciso), onde l'impugnazione proposta dal Collegio dei geometri di Forlì - Cesena è ammissibile, almeno nella detta censura. Tale conclusione si fonda sulla considerazione che la norma (interna) del codice disciplinare, nell'individuare l'illecito disciplinare di cui il geom. Bianchi è stato incolpato, ha riempito e concretizzato la clausola generale prevista dall'art. 11 del R.D. 11 febbraio 1929 n. 274, onde la detta norma interna ha assunto la funzione ed il rango di quest'ultima disposizione dell'ordinamento generale dello Stato, che rientra sicuramente tra le "norme di diritto", la cui violazione è deducibile nel ricorso per cassazione"²⁵. In questa pronuncia la Corte espressamente critica la sentenza 10842/2003 delle Sezioni Unite, che, come visto, si poneva ancora all'interno della ricostruzione tradizionale dei rapporti tra ordinamento generale e ordine professionale, e annovera invece tra i precedenti sulla cui linea dice di muoversi proprio la sentenza 8225/2002, segno evidente che si tratta di uno sviluppo consapevole delle novità introdotte con quest'ultima pronuncia. Si noti ancora che non solo la norma deontologica integrativa viene indicata come giuridica e pertanto interpretabile in base ai canoni di cui all'art. 12 delle Preleggi, non solo

²⁴ Ciò vale, ovviamente, anche in assenza di una codificazione in quanto al Consiglio Nazionale sia attribuito il compito di rilevare la *communis opinio*, e in ogni caso in cui alla sua decisione sia attribuito valore di precedente.

²⁵ Benché in tema di professione del geometra, la Corte si esprime in termini generali. D'altronde la norma generale in materia è del tutto simile a quella prevista nella legge professionale degli avvocati: l'art. 11 del regolamento generale per la professione di geometra (approvato con R.D. 11 febbraio 1929 n. 274) commina le sanzioni disciplinari (specificate nello stesso articolo) "per gli abusi e le mancanze che gli iscritti abbiano commesso nell'esercizio della professione". Come subito si dirà nel testo, le ragioni di questa decisione saranno di recente riprese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione proprio in tema di professione forense.

viene riconosciuto che la sua errata interpretazione secondo questi canoni può costituire motivo di ricorso ma ad essa viene ascritto il medesimo valore (“funzione e *rango*”) della norma dell’ordinamento generale nel sistema delle fonti.

Infine, il quadro si compie con la recente sentenza delle Sezioni Unite del 20 dicembre 2007, num. 26810, di nuovo in materia di avvocati. Quivi la Corte riconsidera la questione della interpretazione delle norme deontologiche e innanzi tutto ricorda e discute i due orientamenti presenti nella sua stessa giurisprudenza: il primo dichiara tale problema una *quaestio facti* dal momento che considera le norme deontologiche quali regole pattizie che i soggetti appartenenti alla categoria professionale liberamente si danno, libertà riconosciuta dall’ordinamento generale e lasciata alla loro autonomia con esclusione pertanto della possibilità per la Corte di Cassazione di sindacare l’interpretazione data volta per volta dal Consiglio Nazionale Forense quale giudice di merito. Questa posizione, che segue, come si vede, la ricostruzione tradizionale, è esplicitamente criticata.

L’altro orientamento che, invece, la Corte dichiara di preferire è proprio quello espresso dalla già ricordata sentenza num. 13078/2004, con l’aggiunta di un significativo argomento. La Corte procede quindi sostenendo che: “nell’ambito della violazione di legge, va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all’albo che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell’illecito disciplinare”, infatti “l’interpretazione delle clausole contrattuali costituisce una *quaestio facti* perché ha per oggetto “la comune intenzione delle parti” (art. 1362 c.c.), e cioè la loro volontà, la cui indagine rientra nel merito della causa. Il codice deontologico contiene, invece, norme giuridiche, sia pure (normalmente) rilevanti nel solo ordinamento interno dell’ordine professionale che le ha approvate. Rispetto alle norme giuridiche non rileva l’indagine sulla volontà di chi le ha emanate, ma valgono i diversi criteri elaborati per “l’interpretazione delle norme giuridiche, e cioè per la soluzione delle questioni di diritto”. Ed ancora: “L’orientamento tradizionale che qualifica in ogni caso l’interpretazione del codice deontologico come *quaestio facti* non permette un sindacato di questa Corte su detta interpretazione se non sotto l’aspetto della mera esistenza di una motivazione a suo sostegno. Viene così a mancare una effettiva garanzia dell’impeccato che ritenga di avere rispettato la norma del codice deontologico e non si realizza la funzione del codice deontologico di autoregolamentazione vincolante non solo per il singolo professionista, *ma anche per lo stesso ordine professionale*”. Sicché va preferita invece la ricostruzione che riconosce che il carattere di norme di legge “deriva alle norme del codice disciplinare dalla delega loro effettuata dalla legge statale (nella specie R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 e D. Lgs. Lgt. 23 novembre

1944, n. 382) e dalla loro funzione di parametro normativo generale alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti iscritti. Trattasi di un processo di formazione legislativa, attraverso il rinvio alle determinazioni dell'autonomia collettiva, che assumono così, per volontà del legislatore, una funzione integrativa della norma legislativa in bianco, ampiamente studiata e sostenuta dalla dottrina ed applicata nei vari campi del diritto [...] In tali casi [...] la Corte di legittimità procede all'esame diretto dell'intero precetto legislativo, quale risulta dalla norma di rinvio e dalla fonte collettiva che lo integra, la quale, nel caso citato, non avrebbe di per sé nessun altro titolo per essere vincolante nei confronti del destinatario [...]. La fonte pattizia, nel momento in cui assume valore di legge, entra in questa categoria normativa e ne segue i criteri interpretativi, Una diversa opinione, che demandasse al giudice del merito l'esame della fonte contrattuale che integra il precetto di legge, priverebbe la Corte di legittimità della sua funzione nomofilattica²⁶.

Gli esiti di questo sviluppo giurisprudenziale sono molteplici e forse i più rilevanti sono ancora allo stato "virtuale", cioè non portati sino alle loro più radicali conseguenze, ciò anche in ragione del fatto che si tratta di interventi piuttosto recenti.

Notiamo, tuttavia, nell'ultima sentenza citata, l'inserimento di un tema nuovo, assai interessante, che inserisce il movimento giurisprudenziale all'interno di un più generale cambiamento della visione del fenomeno ordinistico e forense in particolare. La Corte ritiene doveroso riconoscere a sé il potere di sindacare anche l'interpretazione delle norme deontologiche in ragione di un'esigenza di tutela del singolo *di fronte al suo stesso ordine professionale*. L'estensione del potere di indagine della Cassazione viene con ciò portata fino al punto di rivendicare un limite all'autonomia del Consiglio Nazionale Forense ed è chiaro che, una volta intrapresa questa via è molto difficile prevedere l'estensione che un tale potere di sindacato può raggiungere: se si è voluto porre un limite al CNF, questo lo si è fatto *rimuovendone un altro*, quello del giudizio di cassazione che a questo punto tende ad espandersi mentre il primo si riduce inesorabilmente. Infatti, è chiaro che il riconoscimento di un controllo sull'interpretazione delle norme deontologiche restringe il pur sempre dichiarato (ma non sempre rispettato²⁷) potere esclusivo del CNF nella

²⁶ Cass. S.U., 20 dicembre 2007, num. 26810.

²⁷ Si vedano U. Perfetti, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in «Rassegna Forense», 2, 2006, pp. 931-960; Id., *La responsabilità deontologica*, in «Rassegna Forense», 2, 2006, pp. 961-983; Id., *Le recenti modifiche al codice deontologico forense (approvate dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 27 gennaio 2006)*, in «Rassegna Forense», 2, 2006, pp. 985-1019. Nel primo di questi contributi l'Autore ricorda una

individuazione del comportamento disciplinarmente illecito. Si ricorderà come l'art. 60 C.D.F. riconosca natura esemplificativa e non tassativa alle fattispecie di illecito individuate nel codice, il che significa che è sempre possibile l'individuazione di una nuova fattispecie direttamente in sede decisoria (come per esempio si è visto proprio nel caso che ha originato la nota sentenza Cass. 8225/2002), in questo caso la norma deontologica è il prodotto della decisione stessa. Cosa significa in questa situazione l'attribuzione di un potere di sindacato sulla "interpretazione" della norma deontologica alla cassazione? La norma in questione non c'è prima che il CNF pronunci sentenza; c'è, però, la disposizione generale della legge professionale²⁸, che il CNF con la sua decisione "innovativa" in effetti dice di interpretare alla luce della coscienza professionale. Su cosa si esercita esattamente il controllo sull'interpretazione in funzione nomofilattica della Corte in questa situazione?

Ma più in generale, è chiaro che l'interpretazione, sebbene sia un concetto piuttosto problematico che può raccogliere una pluralità di attività logico-dialettiche, costituisce un momento necessario della fase applicativa della disposizione normativa. Ora, è chiaro che rivendicare un controllo sull'interpretazione significa tenere sotto controllo l'applicazione stessa della norma deontologica, proprio ciò che la tradizionale ricostruzione escludeva ritenendo che agli occhi del giudice di legittimità questa fosse da ritenersi una *quaestio facti*.

Registriamo, dunque, un movimento giurisprudenziale che a partire dal riconoscimento della giuridicità delle norme deontologiche, procede nel senso di un allargamento del sindacato della Corte di Cassazione sull'applicazione delle stesse con conseguente riduzione dell'ambito di

serie di interventi del legislatore nazionale esplicitamente diretti a dichiarare determinati comportamenti illeciti disciplinarmente scavalcando così il potere del CNF ma anche quello di tutta la categoria che viene costretta così a "riconoscere" contrario alla "etica" della professione qualcosa voluto da altri. Ciò è accaduto per es. in materia previdenziale e, ancor più significativamente con l'introduzione dell'art. 391-bis VI comma, c.p.p. (cfr. U. Perfetti, *Codice deontologico forense*, cit. pp. 941-942). Qualcosa di analogo è accaduto recentemente con D. L. 4 luglio 2006, num. 223, convertito con modificazioni dalla Legge 4 agosto 2006, num. 248.

²⁸ La sola "vera" norma deontologica secondo U. Perfetti, *Codice deontologico forense*, cit. p. 955. L'Autore, alla luce della reale difficoltà di inquadramento del fenomeno deontologico, ritiene infine che le norme del codice altro non siano che "mere indicazioni, supporti ermeneutici all'attività del giudice deontologico che, chiamato a dettagliare contenutisticamente il precetto generale veicolato dalle norme dell'ordinamento professionale, le utilizza come canoni ermeneutici" (*ibidem*). Seguendo questa impostazione, che peraltro ha buone ragioni dalla sua, alla luce del movimento giurisprudenziale richiamato nel testo, a parere di chi scrive, ci si avvia verso un totale svuotamento dell'autonomia del CNF.

autonomia del Consiglio Nazionale Forense. Francamente, non sono affatto sicuro che questo sviluppo giurisprudenziale abbia raggiunto il suo climax, così come non sono affatto sicuro che dopo tutto questo, un caso come quello del medico pediatra citato all'inizio di questo lavoro sarebbe oggi deciso allo stesso modo.

Nonostante l'entusiasmo con cui anche da parte degli avvocati è stato salutato il riconoscimento della giuridicità delle norme deontologiche, come se con ciò esse acquisissero una maggiore dignità, è stato proprio questo che ha aperto la via per quel movimento giurisprudenziale di cui si è detto, e ciò, a parere di chi scrive, in ragione della ambiguità che detto termine porta con sé. Rileggendo con attenzione il citato contributo di Sandulli, si nota che mai l'illustre Autore utilizza quel termine per qualificare le norme deontologiche al fine di trattare dei rapporti tra l'ordinamento generale (come egli chiama lo Stato) e quello particolare. Anzi, proprio escludendo la questione della giuridicità la costruzione poteva rimanere limpida quale era. Occorre anche notare che la giustificazione istituzionalistica del potere del Consiglio Nazionale Forense di emanare norme deontologiche non si oppone a questo esito. Infatti, l'attribuzione di giuridicità che l'istituzionalismo consente avviene sempre, diremmo noi con terminologia post-romana, da un punto di vista esterno mentre nel momento in cui la Cassazione afferma la giuridicità delle norme deontologiche, immediatamente si pone dal punto di vista interno all'ordinamento statale. Nel primo caso si tratta del riscontro dell'esistenza di un gruppo sociale qualificato da un'organizzazione viva e dalla consapevolezza della sua irriducibilità ad altro (ecco perché esiste un problema di "doppia fedeltà"), nel secondo, invece, si tratta di un'immediata *ordinatio ad unum* all'interno del sistema delle fonti, variegato finché si vuole nella sua composizione ma sempre preordinato ad una unificazione nel nome della "nomofilachia" giurisprudenziale.

In questo modo i due punti di vista sono portatori di istanze addirittura contraddittorie seppure tutte portate sotto l'etichetta della giuridicità.

4. *Recenti sviluppi normativi*

A differenza di quanto accade con le sempre più invasive interpretazioni giurisprudenziali, gli avvocati sembrano mostrare maggiore insofferenza rispetto ai tentativi di intervento del legislatore sulla disciplina della loro professione. Sarà perché questi sono immediatamente efficaci, spesso estemporanei e, finora, sono giunti incidendo con una certa profondità nel tronco di una normativa risalente ma senza offrire in cambio una visione globale e senza chiarire prima quale idea sul senso della professione forense si intendesse realizzare.

Ad ogni modo, questo genere di modifiche sono piuttosto note, onde ci si soffermerà in questa sede soltanto su una delle più recenti in quanto essa espressamente pretende di incidere sulla deontologia professionale.

In seguito all'entrata in vigore del D. L. 4 luglio 2006, num. 223, convertito con modificazioni dalla Legge 4 agosto 2006, num. 248, che ha disposto, tra l'altro, l'abrogazione di una serie di norme riguardanti le libere professioni, alcune delle quali ritenute tradizionalmente caratterizzanti questo tipo di attività, si da far insorgere il dubbio che l'incisione sul tessuto normativo avesse programmaticamente l'intenzione di ridefinire il concetto stesso di libera professione²⁹, si sono avute le più recenti ed incisive modificazioni del codice deontologico forense, in particolare degli artt. 10, 17, 17-bis, 19, 35, 43, 45³⁰.

Questi interventi del Legislatore sono stati "rafforzati" dalla previsione del comma 3 dell'art. 2 del D. L. citato, il quale dispone che "Le

²⁹ Invero, è in particolare l'assimilazione tra libera professione ed impresa alla base della più parte delle recenti riforme e ciò, come è noto, corrisponde ad un movimento internazionale non soltanto europeo, cfr. M. Magnani, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 2007, 3, pp. 285 ss.; A.J. Manca Graziadei, *L'ordine forense in Italia e in Europa*, in «Europa/Europe», 3, 2000, pp. 64 ss. Sul punto specifico dell'assimilazione del professionista intellettuale all'imprenditore si legga il testo dell'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel quale vengono esplicitate le ragioni di detta assimilazione e si sostiene la compatibilità delle norme del Codice Civile con il principio comunitario che, in ragione di una nozione assai lata di "impresa", qualifica come tale l'attività del professionista. La relazione (il cui testo può trovarsi in www.agcm.it) meriterebbe un minuto esame che in questa sede non può essere svolto, tuttavia va sottolineato quello che, a parere di chi scrive, è il fulcro dell'argomentazione dell'Autorità. Nel discutere dell'art. 2238 c.c., che, come è noto, dispone l'applicabilità del Titolo II del libro V "se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa" l'Autorità afferma che, tradizionalmente, tale norma è stata interpretata come confermativa del principio in base al quale il professionista non è assimilabile all'imprenditore. Invece, prosegue l'Autorità, essa confermerebbe il principio opposto: salva la natura di imprenditore del professionista (che rientrerebbe nella nozione di cui all'art. 2082 c.c.), egli gode del privilegio di una disciplina particolare che viene meno, confermando così l'assimilazione, nell'ipotesi di cui all'art. 2238 c.c. In altri termini, per l'Autorità, il professionista è certamente imprenditore ma di un tipo privilegiato. Evidentemente la strategia argomentativa usata sposta la discussione sulle ragioni del privilegio. Sul tema cfr. anche G. Oppo, *Antitrust e professioni intellettuali*, in «Rivista di diritto civile», 1999, II, pp. 1123-1127; C. Ibba, *Sulla riforma delle libere professioni*, in «Rivista di diritto privato», 2000, I, pp. 165-182.

³⁰ Cfr. art. 2, D. L. 4 luglio 2006, num. 223, come modificato dalla Legge 4 agosto 2006, num. 248.

disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma I sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1° gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma I sono in ogni caso nulle”.

Ora, è chiaro che l'interpretazione di questa disposizione, nonostante la sua forma piuttosto scarna, non è molto agevole e non può che essere data a partire da una soluzione al problema della natura delle norme deontologiche. Infatti, cosa voglia dire per lo Stato sanzionare con la nullità norme deontologiche che non abbiano un certo contenuto si chiarisce solo in relazione al ruolo che dette norme rivestono nell'ordinamento generale. Che si tratti di un netto tentativo di limitazione della autonomia di individuazione degli illeciti disciplinari del Consiglio Nazionale Forense è fuori di dubbio ma la natura e l'incidenza di tale tentativo vanno calibrate in ragione della teoria che si adotti per ricostruire il fenomeno ordinistico in quello che è spesso stato indicato come il suo momento più tipico. A partire dalla ricostruzione tradizionale, in particolare seguendo lo schema già citato del contributo di Sandulli, è possibile una lettura “forte” dell'autonomia dell'Ordine, compatibile non solo con la giustificazione istituzionalistica, più soventemente adottata, ma anche con quella formalistica e tale da escludere ogni efficacia alla disposizione in commento. Infatti, se è vero che il potere di emanare norme deontologiche si ricava dalla stessa Legge Professionale che riconosce al Consiglio Nazionale Forense il potere disciplinare in esclusiva; se è vero (come è vero), che tale potere è un autentico potere giurisdizionale e se è vero (come è vero), che come tale è riconosciuto e mantenuto dalla Carta Costituzionale (disp. trans. e fin. VI) che, d'altro canto, ha proibito la costituzione di nuove giurisdizioni speciali (art. 102, II comma, Cost.), allora è chiaro che quell'autonomia di individuazione dell'illecito disciplinare gode di una copertura costituzionale che giustifica la forte limitazione al sindacato della Corte di Cassazione che la dottrina tradizionale concepiva e che renderebbe impossibile al legislatore ordinario intaccare. Sul piano di una teoria formalistica delle fonti di produzione del diritto, ciò si tradurrebbe in un'autolimitazione dell'ordinamento statale ad intervenire con proprie fonti sul tema dell'etica professionale; esso, perciò, riceverebbe come un fatto le determinazioni (giurisprudenziali e normative) del CNF e pertanto, in quanto tale auto disciplina delle fonti è operata a livello costituzionale, da questo punto di vista, l'art. 2 comma III, del D. L. 4

luglio 2006, num. 223, come convertito dalla Legge 4 agosto 2006, num. 248, sarebbe mero *flatus vocis*³¹.

Dicevo, che tale soluzione è compatibile anche con la spiegazione istituzionalistica se si ritiene che l'esclusiva stabilita dalla Legge Professionale e la conseguente "copertura costituzionale" declinino il modo specifico con cui l'ordinamento generale si "apre" e si coordina con l'ordinamento professionale. Anche in questo caso il mero intervento legislativo ordinario non potrebbe che costituire una forzatura dell'assetto costituito *in apicibus* dagli ordinamenti.

Invece, le cose cambiano, e di molto, se tutta la faccenda viene letta alla luce dello sviluppo giurisprudenziale riportato nel paragrafo precedente. In virtù di quella giuridificazione un po' *naïf* delle norme deontologiche, la disposizione citata si mostra capace di un'efficacia assai incisiva e costituisce un precedente di cui val la pena ricordarsi.

Ebbene, come si è detto, la Cassazione è arrivata ad affermare il proprio potere di sindacato sulla interpretazione delle norme deontologiche in ragione del fatto che esse, quali integrazioni del precetto generale contenuto nella Legge Professionale, sono norme giuridiche e la loro emanazione configura un procedimento legislativo complesso che passa attraverso l'attività del CNF ma che, a questo punto, si pone interamente all'interno dell'ordinamento statale e il fenomeno si svolge totalmente a livello di normazione primaria. Infatti, come viene affermato, le norme deontologiche vengono a porsi allo stesso livello della norma il cui

³¹ Sandulli concludeva il Suo contributo dichiarando che la Corte di cassazione può intervenire sulle decisioni del Consiglio Nazionale Forense solamente in caso di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione sopra un punto decisivo (art. 360, num. 5, c.p.c., ora il testo è stato modificato dal D. Lgs. 40/2006 e parla di "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo"), oppure in caso di violazione di precetti costituzionali o di altri precetti inderogabili, o di principi generali dell'ordinamento giuridico e quelli che riguardano l'incidenza della pronuncia su oggetti estranei alla deontologia, in questo caso configurandosi un difetto di giurisdizione. Evidentemente, l'unico ambito dubbio sarebbe costituito da quegli "altri precetti inderogabili" dovendosi intendere per tali i principi superiori dell'ordinamento costituzionale e non meramente i singoli precetti di legge ordinaria ché altrimenti non si capirebbe la successione istituita dall'Autore che rimane invece sempre ad un livello superiore rispetto alla singola legge ordinaria. Ora, la disposizione del D. L. 223/2006 ha una forma familiare in quanto ricorda quelle norme che, in ambito privatistico, stabiliscono la nullità di certe clausole contrattuali inseribili ad opera delle parti (per es. cfr. 1963 c.c.). Appunto, quelle norme stabiliscono limiti all'autonomia contrattuale privata che, in quanto tale, difetta della natura pubblicistica, culminante nella giurisdizione speciale che è propria dell'Ordine degli avvocati, onde si giustifica la copertura costituzionale di questa con i limiti conseguenti al legislatore ordinario.

precetto sono chiamate ad integrare. Questo ragionamento sostanzia una lettura particolarmente “debole” dell’autonomia del CNF, che non costituisce più un limite al legislatore ma ne costituisce un supporto di talché essa si riduce ad un’attività di integrazione che, in quanto tale (cioè in quanto *integrazione*), presuppone un quadro normativo, di livello primario, rispetto al quale non può che muoversi all’interno. Evidentemente, allora, ogni decisione del legislatore ordinario viene prima di questo potere, lo condiziona e non ha, di principio, limite alcuno.

Così la previsione della nullità delle norme deontologiche difformi viene a valere come *norma sulla produzione giuridica* che disciplina il modo con cui il CNF deve integrare il precetto inserendo un limite *statico* al suo operato.

Infine, questa espressa restrizione dei poteri di determinazione contestativa dei comportamenti contrari a “dignità” e “decoro” della professione o costituenti “abusi” o “mancanze” trova il suo *pendant* esecutivo nell’ampliato potere di sindacato della Corte, pronta, a questo punto, ad intervenire *sulle* sentenze del CNF: poiché il prodotto del procedimento sopra descritto è una norma giuridica di livello primario e contenuto complesso, dato dal precetto generale della Legge Professionale integrato dalla norma deontologica, e dal momento che, un’integrazione contraria a quanto disposto dalle norme sulla produzione sul punto sarebbe illegittima, nel caso di mancato adeguamento dei codici si verserebbe nella situazione in cui dovendo decidere sul caso di specie ci si troverebbe avendo a disposizione la sola norma generale cui non potrebbe che essere data un’interpretazione conforme al dato legislativo disatteso. Ove nemmeno in questa fase il CNF, in veste giurisdizionale, dovesse adeguarsi, è chiaro che non potrebbe che intervenire la corte di Cassazione a ristabilire la normalità nomofilattica.

5. *Conclusione: ancora sulla necessità di ripensare la “natura” della norma deontologica e una proposta de iure condendo*

A conclusione di questo lavoro, oltre a tirare le fila del discorso, si vorrebbe anche segnalare (e, da parte di chi scrive, auspicare) un possibile rinnovamento legislativo in merito alle questioni trattate. Certo, con una Legge Professionale che data 1933 le proposte di riforma non sono mancate ed ogni giorno gli avvocati lamentano la lentezza del Legislatore nel rivedere organicamente la materia.

Tuttavia, se qui ci si aggiunge al coro dei proponenti, lo si fa a partire dall’insegnamento che è possibile trarre dal resoconto dei paragrafi precedenti. Come si è cercato di mostrare, è stata l’ambiguità della qualificazione di giuridicità attribuita alle norme deontologiche a generare

uno sviluppo di conseguenze forse impreviste e probabilmente non ancora portate fino in fondo. L'ambiguità sta nel fatto che il concetto di giuridicità rimanda immediatamente al piano delle concezioni del diritto. Nel momento in cui ci si chiede di una norma se essa sia giuridica o meno tale questione viene proiettata immediatamente sul piano della definizione del "giuridico" che è il medesimo piano della definizione di "diritto". Un tale problema richiama alla memoria dello studioso il tradizionale dibattito sulla distinzione tra norme giuridiche e non giuridiche (etiche, sociali, di costume, ecc.), sul quale molto si è scritto e che ha avuto come esito, almeno nelle visioni di tipo normativo-positivistiche, il riconoscimento dell'impossibilità di affrontare la questione se non a partire da una prospettiva ordinamentale e quindi distinguendo regole di condotta da norme di struttura e tra queste le regole sulla produzione giuridica le quali avrebbero appunto il compito di stabilire i criteri formali di produzione normativa all'interno dell'ordinamento di talché solo le norme prodotte conformemente a detti criteri possano dirsi con certezza giuridiche.

Ora, il fatto è che è assai difficile e discutibile ritrovare una tale norma nella Legge Professionale ed ancor più problematico considerare tali le disposizioni che attribuiscono al CNF il potere disciplinare. Una volta considerato che tale potere è vero e proprio potere giurisdizionale, si deriverebbe l'anomala situazione di un giudice che decide sulle norme (giuridiche) da lui stesso poste e senza vincolo di legalità previa (art. 60 C. D. F.)³².

D'altronde, come pure si è detto, è possibile considerare come giuridiche le norme deontologiche a partire da una teoria diversa di tipo istituzionalistico, come peraltro è stato fatto, ma è chiaro che, di nuovo, la dizione diviene ambigua dal momento che è possibile ascrivere significati differenti a seconda che ci si collochi da un punto di vista interno o esterno ai due ordinamenti ed è assai dubbio che l'affermazione di giuridicità di certe regole fatta da un giudice in sede decisoria possa essere espressa da un punto di vista esterno³³.

³² Forse è a partire da ciò che si comprende la recente posizione della Corte di Cassazione che, come fatto notare nel testo, sottolinea l'esigenza di tutelare l'iscritto *nei confronti del suo stesso ordine*.

³³ Il mancato riconoscimento esplicito della distinzione tra punto di vista interno ed esterno è uno degli elementi che secondo Scarpelli rendono "datata" l'opera di Romano, cfr. *Santi Romano teorico conservatore, teorico progressista*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano 1977, pp. 45-63. Sebbene una tale distinzione sia divenuta familiare ai teorici del diritto dopo l'opera di Hart, *The concept of law*, in Romano si troverebbero già degli strumenti teorici per formularne il concetto. Scrive inoltre Scarpelli: "Da un punto di vista interno non si può essere che monisti [...] Anche l'operatore che si pone

Ciò che invece sembra profilarsi in giurisprudenza è quella naturale *ordinatio ad unum* all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento generale che ha il suo vertice applicativo nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Ciò significa, in altri termini, che una volta riconosciuto il valore giuridico delle norme prodotte dal CNF, in assenza di una formale qualificazione di questo potere da parte di una norma sulla produzione giuridica si è avviato un processo giurisprudenziale di reinquadramento nel sistema delle fonti di detto fenomeno. La finalizzazione alla produzione di una norma, che a questo punto è esclusivamente dell'ordinamento generale (seppur determinata nei contenuti con un procedimento complesso e *sui generis*), comporta naturalmente l'assoggettamento delle attività di interpretazione e, di conseguenza, applicative al potere nomofilattico della Corte che si traduce in un'ovvia sottrazione di prerogative al CNF stesso.

La cosa di per sé non sarebbe, forse, particolarmente allarmante, per lo meno in questo stadio dello sviluppo giurisprudenziale, se non fosse che ciò si coordina piuttosto bene con i più recenti interventi legislativi che presuppongono, di principio, una radicale privazione dell'autonomia del CNF. Quando si impone la modifica di un codice deontologico per via legislativa si compie un'operazione che sul piano della natura delle norme di etica professionale è sicuramente molto dubbia dovendosi pensare che la fonte naturale di esse sia la coscienza del corpo professionale stesso o al più la determinazione dell'organo esponenziale, costituito peraltro dagli stessi soggetti appartenenti all'Ordine. Un controllo impositivo statale su questo processo di formazione della deontologia è qualcosa che viene immediatamente avvertito dai destinatari come un'intrusione molto forte. Invece, se il tutto viene tradotto nella logica della produzione normativa dell'unico ordinamento generale, tutti i dubbi possono essere fatti tacere e ciò anche contro il diverso sentire dei soggetti coinvolti, giacché a questo punto la valutazione in termini di giuridicità (intesa in questo modo) diviene esclusiva ed è invece illegittimo far questioni di etica, per lo meno nelle sedi applicative.

rispetto a un ordinamento da un punto di vista interno può mostrare una larga disponibilità a ricevere norme, valori, criteri per l'uso nelle qualificazioni da una varietà di fonti (per esempio un giudice può essere orientato a basare i suoi giudizi non soltanto sulla costituzione e sulle leggi, ma anche o magari primariamente sui valori emergenti da tradizioni etiche e filoni ideologici presenti nella società) ma in ogni caso le norme, i valori, i criteri impiegati diventano nell'uso esclusivi di altre norme, altri valori, altri criteri e la loro prevalenza suppone o implica criteri di soluzione delle antinomie assiologiche tali da configurare un ordinamento unitario", p. 49.

In buona sostanza, si tratta di soluzioni nuove ad un problema antico: il problema della natura della norma deontologica e ciò perché si tratta di un problema rimasto irrisolto.

Ma c'è di più. A parere di chi scrive dietro questi sviluppi sta qualcosa di più profondo. Si tratta della perdita di riferimento per ricostruire la natura della professione che si svolge attraverso un doppio livello di smarrimento: da un lato perdendo la propria specificità rispetto alle altre libere professioni, dall'altro perdendosi anche la specificità di questo tipo di attività rispetto ad altre forme di lavoro, di talché oggi, come si è accennato, è sempre più imponente la spinta a considerarla né più né meno che una forma di impresa³⁴.

Questa non è certamente la sede per prodursi in un discorso che non può che essere piuttosto lungo ma la prima e più urgente domanda dalla cui risposta possono seguire adeguati strumenti per impostare il problema delle norme deontologiche, deve riguardare la natura della professione forense, la sua specificità rispetto ad ogni altra. Credo che vi siano strumenti almeno per impostare questa questione se muoviamo da alcune considerazioni che qui propongo in forma schematica ma, spero, sufficientemente chiara.

Innanzitutto, esiste un ambito proprio dell'avvocato che egli non condivide con alcun altro professionista e che costituisce, forse, l'unico suo ambito specifico: difendere in processo. Qui i termini in gioco, come si vede, sono due: *difendere* e *processo*. Quest'ultimo non costituisce affatto un momento patologico della vita del diritto ma anzi ne è un motore vitale: dal suo esito deriva ciò che vale nel conflitto tra Tizio e Caio; da esso possono derivare indicazioni su come interpretare *de futuro* una disposizione (ogni interpretazione "nuova" o "rivoluzionaria" della giurisprudenza presuppone almeno un processo, di solito molti, e moltissima attività forense, quasi sempre determinante per lo sviluppo giurisprudenziale), da esso derivano i controlli sulla legittimità costituzionale dell'attività del Parlamento (un giudice *a quo* è sempre giudice di un certo processo che molto spesso è stato convinto da un avvocato a proporre la questione di costituzionalità). È possibile dare una lettura complessiva del fenomeno

³⁴ Dopo aver ricordato che è oggi assai difficile accomunare tutti i diversi mestieri che si dicono "libere professioni" (ed aver fatto l'esempio dei maestri di sci in ordine ai quali esiste una legge-quadro che ne istituisce il collegio nazionale, prevede l'obbligo di iscrizione e sanziona il suo esercizio abusivo), Ibba conclude che "da un lato non è chiarissimo che cosa debba intendersi oggi, giuridicamente, per "professione intellettuale"; dall'altro, mentre da più parti si contesta l'utilità di albi e Ordini, e a livello ministeriale si pensa ad una loro drastica riduzione, la "corsa all'albo" prosegue massiccia"; cfr. Carlo Ibba, *Sulla riforma*, cit. pp. 166-167.

giuridico a partire dal processo ed interpretare in chiave processualistica l'intera esperienza giuridica inclusi i fenomeni di normazione eteronoma che vengono messi in gioco e in discussione proprio nel processo³⁵.

Ebbene esiste un rapporto intimo ed indissolubile tra processo e giurisdizione di talchè può dirsi che non esista l'una senza l'altro: «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, I comma, Cost.). Ed è a questo punto che entra il gioco l'altro termine che configura il *proprium* dell'avvocato; infatti, non esiste processo se non v'è contraddittorio: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizione di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale» (art. 111, II comma, Cost.)³⁶. Questo è il luogo della

³⁵ È, questa, la c.d. *prospettiva processuale* del diritto sulla quale si vedano in particolare F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*, Cedam, Padova 1991; P. Moro, *La via della giustizia*, Libreria Al Segno, Pordenone 2004. Muovendo dal processo quale luogo originario del giuridico, una particolare attenzione è portata sulla attività dei soggetti coinvolti in esso e viene così operata una radicale rivalutazione del ruolo di ciascuna parte. In tale prospettiva, ogni momento della controversia giudiziale è connotato dalla giuridicità e viene reputato troppo ristretta la visione tradizionale che si concentra esclusivamente sull'atto finale del giudice con cui costui dovrebbe "applicare la legge al caso concreto", con ciò di fatto svalutando il grande lavoro di costruzione argomentativa e di confutazione dialettica che anima il processo e costituisce il lavoro proprio dell'avvocato. Da ultimo, la prospettiva processuale ritrova nella tradizione della retorica classica il patrimonio culturale di riferimento per impostare il problema del metodo della controversia giuridica. Su quest'ultimo punto, cfr. F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, cit.; G. Ferrari, M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2005; M. Manzin, P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006.

³⁶ Sul tema del contraddittorio il lettore troverà esemplarmente riassunto lo *status quaestionis* nel fondamentale testo M. Manzin, F. Puppò (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principi e regole*, Giuffrè, Milano 2008. La connessione forte tra giurisdizione, processo e contraddittorio operata nel testo non è diffusa. Spesso, anzi, si usa obiettare che nemmeno il contraddittorio sarebbe essenziale al processo e tra gli argomenti che vengono portati vi sarebbe quello che non si giustificerebbe il processo in contumacia. Molte di queste obiezioni sono brillantemente discusse con e criticate in A. Gentili, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in M. Manzin, F. Puppò (a cura di), *Audiatur et altera pars*, cit. pp. 249-272. Da parte mia, ho l'impressione che le obiezioni spesso si fermano su un piano meramente formalistico e abbiano dietro di sé una concezione "scenica" del contraddittorio, sulla quale può vedersi P. Sommaggio, *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in M. Manzin, F. Puppò (a cura di), *Audiatur et altera pars*, cit., pp. 159-216, (ove l'Autore, muovendo dal problema delle cosiddette "sentenze della terza via" o "a sorpresa", propone una sintetica panoramica sulle concezioni del contraddittorio presenti in dottrina e

difesa che a questo punto si configura né più né meno che come un vero e proprio *meccanismo della giurisdizione*: non si dà giurisdizione senza processo, non si dà processo senza contraddittorio, non si dà contraddittorio senza difesa, tutte queste affermazioni sono quasi delle tautologie³⁷.

Se così è, quella dell'avvocato non è una professione come un'altra ma anzi manifesta una specificità che è irriducibile ad ogni altro tipo di lavoro autonomo, in quanto egli è strumento indispensabile dell'esercizio di una delle funzioni supreme dello Stato: la giurisdizione. Di più, è uno dei meccanismi di questa funzione, senza della quale semplicemente tale funzione non si dà, potrà darsi qualcosa d'altro: ordine pubblico, attività amministrativa o quant'altro ma non *giurisdizione*.

Qui sta il punto che ci consente di avanzare la nostra proposta *de iure condendo*. Se tutto ciò è corretto, allora la recente modifica della Costituzione che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 111 è stata grandemente incompleta. Infatti, pare a chi scrive che la connessione giurisdizione-processo-contraddittorio-difesa porti a legittimare gli avvocati a pretendere un netto riconoscimento costituzionale oltre che della loro funzione anche di sé stessi come Ordine, per esempio con la costituzione del CNF quale organo di rilevanza costituzionale al pari del Consiglio Superiore della Magistratura e con funzioni analoghe, giacché

critica proprio questa diffusa idea). Benché il tema richiederebbe ben altro spazio, mi limito qui a far presente che la decisione di non partecipare al processo e di non opporsi alle richieste è già interna al contraddittorio. Infatti, è già spiegata un'attività argomentativa e di pretesa nei confronti del soggetto, essa è portata alla sua conoscenza con ciò attivandosi già il contraddittorio dal momento che il destinatario è a questo punto nella condizione di valutare e decidere se e in che termini la richiesta nei suoi confronti sia obiettabile e quale sia la strategia migliore per farlo, ciò che comporta anche una scelta sui tempi. La decisione di non opporsi può avere certamente il senso di una rinuncia e dunque di un riconoscimento della impossibilità di obiettare ma può anche essere espressione di strategia difensiva: se, per esempio, nel processo civile, il soggetto ritenga talmente evidente la pretestuosità della pretesa egli potrebbe attendere lo svolgimento di tutte le fasi processuali e costituirsi solo al termine (cfr. art. 293 c.p.c.) per far rilevare tutte le contraddizioni dell'attore lasciandogli il minor spazio possibile per rimediare. Non importa qui quanto sia rischiosa tale strategia, essa è resa possibile proprio dalla previsione dell'istituto della contumacia che quindi non si mostra affatto contrario al principio del contraddittorio ma, anzi, a sua tutela visto che è idoneo ad allargare le strategie di difesa della parte.

³⁷ In P. Moro, *L'etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in M. Manzin, F. Puppo (a cura di), *Audiat et altera pars*, cit., pp. 273-290. L'A. ritiene che l'intima connessione tra la deontologia forense e il principio del contraddittorio trasformi di fatto la prima in una vera e propria metodologia.

entrambi gli ordini, giudiziario e forense insieme, sono i meccanismi necessari della giurisdizione.

Da qui, sarebbe poi possibile riprendere il discorso sulle norme deontologiche.

L'obiezione a questo punto che potrebbe muoversi è: come è possibile assicurare l'autonomia e le prerogative del CNF (e di conseguenza degli avvocati tutti) se lo si trasforma in un organo dello stato, seppur di altissimo livello? Questa giusta obiezione apre il nostro discorso verso un altro ed importantissimo tema più squisitamente filosofico, che non può che essere accennato.

La questione coinvolge lo statuto del *difendere* con riferimento al quale si è finora detto soltanto che tale attività è proiettata sempre nella dimensione del processo³⁸. Questo è il luogo nel quale a partire dal problema concreto, dal conflitto tra soggetti e dalle ragioni che essi portano, viene attivato un meccanismo (appunto un *processo*) in cui è, attualmente o virtualmente messo in gioco ogni determinazione univoca, ogni interpretazione normativa più o meno risalente, più o meno condivisa così come ogni conoscenza sui fatti, ogni loro unilaterale rappresentazione. Ma questo meccanismo è tale da consentire anche la messa in questione delle regole del suo stesso svolgimento. Infatti, nel processo è in questione, attualmente o virtualmente, anche ogni interpretazione delle regole processuali, ogni prassi ispirata da queste più o meno diffusa, più o meno dotta³⁹. Ebbene, ivi, nel processo, è in questione tutto questo, può doversi discutere e decidere di tutte queste questioni fino al punto da determinarsi nuove visioni degli istituti o addirittura la cancellazione dall'ordinamento di norme fino ad allora mai discusse sotto un certo profilo di legittimità costituzionale.

Tutta questo fa l'attività giurisdizionale e, dunque, dal momento che non esiste giurisdizione senza contraddittorio, è implicato nella difesa che spesso, se non sempre, è il motore di ogni nuovo ripensamento.

³⁸ Ciò vale a caratterizzare anche l'attività stragiudiziale svolta dall'avvocato il quale non può mai ignorare o trascurare la possibilità che le determinazioni che assume per conto del suo cliente o che suggerisce a quest'ultimo di assumere, abbiano delle conseguenze in un eventuale sviluppo giudiziario della vicenda. Questo significa che l'attività stragiudiziale, di consulenza o negoziale, che l'avvocato svolge è davvero irriducibile a quella di ogni altro professionista ancorché l'attività di questi abbia a che fare con questioni normative. L'attuale o potenziale proiezione processuale implica una lettura delle cose una interpretazione normativa e delle scelte di azione che non possono che essere rese possibili dall'esperienza del foro che è esclusiva dell'avvocato.

³⁹ Gli avvocati sanno bene quante "regole non scritte" governano la loro attività quotidiana: tutto ciò che è "prassi di un ufficio" e di cui non si trova traccia nella normazione formale e, tanto meno, nei libri di dottrina e di teoria che però sono talmente efficaci da complicare la difesa e la cui ignoranza può essere assai pregiudizievole.

Da tutto ciò deriva la possibilità di una certa tensione che l'avvocato vive quotidianamente e che nel suo statuto professionale è stata indicata con il c.d. principio della "doppia fedeltà", fedeltà all'ordinamento e agli interessi del suo assistito. Ora, il senso di tale duplicità si chiarisce solo se si muove dal processo e si considera il suo ruolo di propulsore del potenziale rinnovarsi anche radicale dell'ordinamento giuridico. In effetti, la tensione si avverte solo rispetto all'ordinamento inteso quale portatore di un ordine statico, quando cioè di esso si considerino soltanto i significati normativi condivisi o maggiormente diffusi e si trascurino per varie ragioni operative e contingenti quelli minoritari ed in contrasto, quando cioè lo si consideri sotto il profilo della uniformità continuativa. Questo è certamente uno dei sensi del concetto di ordinamento giuridico, quello di *ordo ordinatus*, che è in gioco ogni volta che si considera staticamente l'universo normativo, ogni volta che si trascura la dimensione conflittuale, e ci si sofferma sulla regolatività uniforme di classi di comportamenti. Ogni volta, cioè in cui la questione essenziale è la *continuità*, intesa come continua identità di significati, di comportamenti, di previsioni. Ma questo significato di "ordinamento giuridico" non è l'unico. In esso è implicita anche la dimensione dell'*ordo ordinans*, della riattivazione del meccanismo di ricerca di un ordine condiviso quando ogni determinazione previa sembra messa in questione e sia con ciò aperta la possibilità del superamento di una continuità già data⁴⁰. Quando questo meccanismo è attivato a partire da esigenze di giustizia che, qui e ora, si affermano nelle diverse pretese in conflitto e che appaiono incomponibili, si ha il processo. Dal momento, poi, che ogni esigenza di giustizia è protesa all'universale, si ha l'apertura di tutte le sue potenzialità determinanti del processo stesso, anche quella, come detto, di affermare un *quid*

⁴⁰ La distinzione tra *ordo ordinans* e *ordo ordinatus* non è nuova nella teoria generale del diritto recente; cfr. F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 4-5. Tuttavia, in tali contesti essa è utilizzata per riferire il fenomeno della rinnovazione dell'ordinamento sotto il profilo della produzione di sempre nuove disposizioni normative da parte degli organi a ciò addetti, in sostanza, per indicare il fenomeno delle cosiddette "fonti di produzione" del diritto. In quel contesto, dunque, è forte la dimensione metaforica propria del normativismo giuspositivista che interpreta il concetto di ordinamento giuridico come un meccanismo artificiale di produzione di norme. In questa sede, invece, la considerazione portata al processo come strumento propulsivo del rinnovamento a partire dalla controversia, dall'opposizione di tesi, dallo scontro dialettico delle parti e dalla loro capacità argomentativa che spinge verso soluzioni, interpretazioni nuovi e perfino meccanismi di produzione normativa istituzionali, ha sullo sfondo le riflessioni svolte in F. Cavalla, *La pena come riparazione*, in F. Cavalla, F. Todescan, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova 2000, pp. 84 ss., in merito alla ricerca di un criterio di validità sostanziale dell'ordinamento che si incentri sulla possibilità del proprio superamento.

novi che agli occhi di chi si pone dal punto di vista dell'*ordo ordinatus* può anche apparire rivoluzionario.

Allora, la “doppia fedeltà” dell’avvocato altro non fa che replicare la doppia dimensione dell’ordinamento nel quale la tensione tra *continuità astratta* e *discontinuità puntuale* che aspirando all’universale afferma una diversa generalizzazione e, quindi, è idonea ad istituire una nuova continuità, è ricomposta solo a patto di istituire luoghi in cui all’affermazione della prima sia contrapposta la possibilità di proporre ragioni per la seconda. Uno di questi luoghi è, appunto, il processo.

Concludendo, dunque, e ritornando alla domanda dalla quale siamo partiti, l’affermazione a livello costituzionale del ruolo e delle prerogative dell’ordine degli avvocati attraverso (per esempio) la trasformazione del CNF in un organo di rilevanza costituzionale altro non sarebbe che l’affermazione di qualcosa che è già nel DNA dell’ordinamento giuridico, se si intende questa espressione nella pienezza dei suoi significati. Infatti esso, istituendo luoghi tipici in cui è possibile mettere in questione e superare quella continuità regolativa statica che esclude il conflitto, non può che prevedere anche dei soggetti che traducano le esigenze di giustizia il cui contrasto anima la controversia, in termini di *ragioni* che pretendono affermarsi per la propria forza logica anche al punto di dover rinnovare una lettura consolidata di disposizioni risalenti o di massime giurisprudenziali tratlative ed uniformi. Ecco, la radicalità con cui il processo può potenzialmente incidere nella vita del diritto, sia sul piano dei rapporti privati, che su quello della ricostruzione sistematica, non può realizzarsi se non attraverso l’assenza di ogni predeterminazione indiscutibile che vincoli i soggetti il cui contraddittorio anima il processo stesso che non siano la necessità di affermare *ragioni* e di sfidare quelle altrui alla prova logico-dialettica. E nessuno se non gli avvocati stessi può essere legittimato a decidere come l’etica del difendere può tradursi in regole quotidiane di relazione sempre rivedibili, perché nessuno, tranne loro stessi, ha esperienza del processo in tutti i suoi aspetti.

La riforma dell’art. 111 Cost. costituisce dunque il riconoscimento di un grande principio di civiltà giuridica che però deve completarsi proprio per evitarne il travisamento o la negazione in ragione di contingenti e assai circoscritti scopi puntuali, dinamiche di legislazione ordinaria o pretese di soffocamento del potenziale dirompente del processo stesso rispetto alla ripetizione meccanica ed irragionevole di un precostituito *ordo ordinatus*⁴¹.

⁴¹ Circa la nascita del pensiero sistematico e la conseguente affermazione del valore della certezza dell’ordine in luogo di quello della verità con tutte le conseguenze sul pensiero occidentale e sulla concezione del diritto in particolare possono vedersi F. Cavalla, *La verità dimenticata*, Cedam, Padova 1996, ed ora il recentissimo M. Manzin, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano 2008.