

RIFLESSIONI CONCLUSIVE SU PROFESSIONE INTELLETTUALE E IMPRESA, LIBERALIZZAZIONI, COMPENSI E DISCIPLINA
CONTRATTUALE.

Qualche rapido rilievo conclusivo che s'incentra su due ordini di problemi sollevati dalla c.d. liberalizzazione contenuta nel d.l. 1/12: (1) profili, *lato sensu*, giuspubblicistici e (2) profili invece giusprivatistici.

Premessa. È opportuno sottolineare come l'art. 9 del d.l. 1/2012 rappresenti il punto d'arrivo di una tendenza che muove di lontano e si alimenta di una duplice suggestione: (i) l'opinione tralazia che fattispecie e disciplina della professione intellettuale si siano fino ad oggi diversificate da quelle d'impresa solo per volontà del legislatore e solo per ragioni storiche (conservazione di antichi privilegi da *Ancien Régime*; immunità dal fallimento); e (ii) l'influenza della nozione comunitaria d'impresa: nozione che è però fondata su presupposti diversi ed assai più generica rispetto a quella dell'art. 2082 c.c., essendo riferibile a qualunque entità svolga un'attività suscettibile di riflessi economici in un mercato ritenuto rilevante¹; e che ben riflette l'idea economicistica che la professione intellettuale si risolva interamente in una pura e semplice prestazione di servizi a rilevanza squisitamente concorrenziale.

Su questi punti, tuttavia, noi stessi forse abbiamo sbagliato nel non riflettere mai con spirito sufficientemente critico. Ed invero: (a) *in primis*, che le professioni intellettuali (e quella forense in particolare) godano di privilegio legislativo solo per ragioni storiche e solo grazie al perpetuarsi di un'ininterrotta tradizione, rappresenta a ben vedere un falso storico tra i più tenaci e clamorosi: la storia – quella contemporanea, almeno, dalla Rivoluzione Francese in poi – è infatti non a favore, ma tutta *contro* il privilegio professionale (“*conçue dans ses principes par des avocats, la Révolution leur fut hostile*”²: settembre 1790, l'Assemblea costituente decreta il principio della “*barre libre*”; 2-17 marzo 1791, *décret d'Allarde*, peraltro tuttora in vigore; 25 giugno 1791, decreto di soppressione della professione d'avvocato prima ancora dell'adozione della *loi Le Chapelier* che sopprime tutte le associazioni professionali; principi immediatamente esportati anche da noi, nella Repubblica Cisalpina e poi nel Regno Italico³). (b) Sotto altro aspetto, già P. SPADA⁴ ha dimostrato, da tempo, che in realtà le professioni intellettuali non possono essere sussunte nell'art. 2195 c.c., 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. (c) E forse è possibile fare un passo ulteriore. Rispetto alla fattispecie dell'art. 2082 c.c., difetta anche la congruenza col concetto di “produzione”, quantomeno nel senso inteso dal legislatore del '42 (combinazione di fattori produttivi, ossia *input* di risorse e *output* trasformativo a utilità aggiunta⁵): nel concetto 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: art. 2576 c.c.)

¹ A prescindere dal suo *status* giuridico, dalle sue modalità di finanziamento e anche eventualmente dal quadro giuspubblicistico in cui opera: cfr. Corte Giust. 19 gennaio 1994, C-364/92, *Eurocontrol*.

² Questo il paradosso messo ben in luce da J. BOEDEL, storico dell'avvocatura francese (*La justice. Les habits du pouvoir*, Paris, 1992, p. 126).

³ La necessità di un'abilitazione 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 in Francia e nel Regno Italico ben più tardi, nel 1810: e forse non si trattò di un caso (ma di un'eccezionale deroga ai principi rivoluzionari, dettata sia dalle necessità di una funzione giudiziaria che andava normalizzandosi dopo il Terrore sia dall'imminente completamento dell'imponente opera di codificazione), visto che nel resto la *loi Le Chapelier* rimase invece in vigore per quasi un secolo e venne abrogata, con molta riluttanza, solo nel 1884 (mentre, addirittura, il *décret d'Allarde* è considerato a tutt'oggi vigente).

⁴ Voce *Impresa*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, vol. VII, Torino 1996, p. 55.

⁵ Carlo SCOGNAMIGLIO, voce *Produttività*, in *Enc. del Novecento*, vol. VIII, Roma, 1989, p. 872 s.

dell'intellettualità e del lavoro intellettuale⁶; 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 (kantianamente si direbbe: un giudizio sintetico *a posteriori* ovvero ampliativo) che prima non esisteva nel mondo immateriale.

Questo concetto naturale di professione intellettuale sembra presupposto anche all'art. 33, co. 5, Cost. e sembra giustificare la peculiare collocazione di quella previsione, 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 sembrerebbe 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.

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

1. Quanto al tema specifico dell'odierna c.d. liberalizzazione, un primo rilievo di carattere giuspubblicistico riguarda i problemi di diritto intertemporale. Fuori questione, a mio avviso, che una retroattività dei parametri e una loro applicabilità anche agl'incarichi pendenti possa esser desunta dalla formula, non certo perspicua, dell'art. 41 del D.M. 140, non foss'altro che per una banale ragione di gerarchia tra fonti: mancando *ictu oculi* nell'art. 9 del d.l. 1/12 una qualsivoglia deroga all'art. 11 disp. prel. c.c., questa deroga non potrebbe essere certo 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, co. 1, del d.l. 1/12 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» (così testualmente, *ex plurimis*, Corte cost. 25 marzo 1970, n. 49, § 2); in base ai principi che regolano la successione 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 (cfr., *mutatis mutandis*, Cass. 21 febbraio 1995, n. 1877); cosicché l'assetto degli interessi, legittimamente compiuto dall'autonomia privata 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. 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. Un'interpretazione diversa dovrebbe, inoltre, scontare anche il contrasto con l'art. 1, Prot. I, della CEDU, giacché, secondo quanto afferma la Corte di Strasburgo (sent. 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. c. Belgio*), 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.

2. Passando ad aspetti più direttamente giusprivatistici, occorre tener presente il quadro sistematico in cui l'art. 9 d.l. 1/12, più o meno consapevolmente, si cala.

L'incarico professionale, a maggior ragione quando si sostanzii in un mandato giudiziale (ma non solo in questo caso), non può mai prescindere dal coordinamento con la disciplina codicistica del contratto d'opera professionale e dalle norme sul mandato, non certamente tutte incise dalla nuova disposizione.

⁶ Quando invero un qualsiasi nuovo "bene" appartenga alla cultura immateriale, non si ha propriamente un atto produttivo ma un atto creativo (FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 33; ASCARELLI, *Teoria d. concorrenza*, p. 292 s.).

Quest'ultima, va subito osservato, si limita ad espungere dall'art. 2233 e dall'omologo art. 1709 c.c. il mero riferimento alla tariffa come criterio 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 chiaramente 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* [oggi appunto abrogate] e con gli *usi*, la cui efficacia viene qui esplicitamente 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*. L'art. 2233 e l'art. 1709 c.c. rappresentano dunque uno di quei rari e tassativi casi (accanto, ad esempio, all'assai più celebre art. 2932 o all'art. 1657 c.c.) 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, quantomeno 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 non esiste più e che appunto il legislatore del 2012 si guarda bene dal voler far rivivere sotto diverso nome (esordisce infatti il co. 2: «*Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1 [...]»*).

I parametri 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, egli debba esercitare il proprio potere discrezionale.

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; ma vuole altresì, e questo è importante sottolineare, l'art. 2234 c.c. (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 (*ex plurimis*, sent. 21651/10; 19134/09; 24046/06), l'art. 2234 c.c. risponde proprio alla finalità di mitigare la regola della postnumerazione, col risultato che gl'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 tacito⁷ 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* dei parametri.

3. Occorre poi non dimenticare che il contratto di mandato non è, tranne in particolari ipotesi⁸, un contratto bilaterale commutativo: causa del mandato non è certo lo scambio bensì, secondo un'assai nota definizione di TRABUCCHI, la fiducia; o tutt'al più, come altri dicono (PUGLIATTI, BAVETTA, LUMINOSO), una causa «neutra». Ed appunto il legislatore, all'art. 1709 c.c., lo disciplina come contratto solo *naturalmente* (e non già *essenzialmente*) oneroso.

Non essendovi sinallagmaticità tra l'obbligazione principale del mandatario e quella, del cliente, di pagamento del compenso, ne deriva che:

(i) il patto sul compenso non è momento essenziale dell'accordo: il contratto è valido e vincolante sin dal momento in cui il professionista accetta l'incarico;

⁷ Sul contenuto tacito del mandato, v. SANTAGATA, *Del mandato*, in Comm. Scialoja-Branca, 1985, p. 296 nt. 21.

⁸ Come ad es. nel caso del *mandato in rem propriam*: cfr. Cass. 22529/11, 8343/95, 4793/82, ecc.

(ii) l'esistenza o l'inesistenza del patto sul compenso non si riflettono sul contenuto delle obbligazioni del mandatario. Basti pensare alla previsione dell'art. 1711, co. 2, c.c.: 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, senza con questo togliere la naturale onerosità dell'incarico medesimo che, appunto, *iuris tantum* è sempre presunta.

A quest'ultimo proposito, la lettera del co. 4 dell'art. 9 d.l. 1/2012 («Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, *al momento del conferimento dell'incarico*») non deve 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, per quanto tecnicamente inaccurato, lo stesso legislatore mostra già da 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 avrebbe alcun senso nemmeno la previsione del comma 2 dell'art. 9 (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, previsto dal co. 4, non ha riflessi sulla validità dell'incarico: oltretutto, trattandosi di un preventivo dichiaratamente «di massima», non possiede le caratteristiche dell'art. 1326 c.c. e non può quindi valere neppure come proposta contrattuale; il dovere di rendere «previamente nota al cliente la misura del compenso» potendo al massimo rilevare su un piano disciplinare, non certamente su quello negoziale⁹.

4. Occorre infine tenere ben distinta la seconda delle due fattispecie che il comma 2 dell'art. 9 d.l. 1/12 impropriamente accomuna, definendole genericamente come «casi di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale». 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 c.p.c. (o dell'art. 26 c.p.a., che gli artt. 91 ss. c.p.c. richiama).

Nel primo caso, come s'è visto, egli deve attenersi anzitutto ai criteri legali sovraordinati indicati all'art. 2233 c.c. (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 c.p.c.) 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: giacché l'art. 61 l. professionale – almeno, finché vige – 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 privata¹⁰; e può essere discrezionalmente temperato o modulato attraverso un potere di compensazione totale o parziale o di condanna per singoli atti (che ovviamente non esiste nella prima ipotesi).

⁹ A tanto maggior ragione se si considera che, nei contratti caratterizzati da postnumerazione, occorre sempre un'espressa pattuizione per stabilire che il corrispettivo preventivato è immutabile: cfr. Cass. 5144/82; mentre qui per definizione è la stessa legge a non esigere alcun preventivo immutabile, ma al contrario solo un preventivo di massima.

¹⁰ Salvo che nel caso di conciliazione: art. 92, ult. co., c.p.c.

Solo nella *taxatio* degli onorari di soccombenza l'art. 60 l. prof., 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. c.p.c. Era dunque senz'altro esclusa anche nel sistema previgente – in cui comunque ai sensi dell'immutato art. 2233 (o 1709) c.c. 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 vincitrice¹¹.

La scelta di commisurare la condanna alle spese a criteri oggettivi e non soggettivi appare oltretutto perfettamente in linea con l'art. 24 Cost., temperando l'esigenza che «l'attuazione della legge non rappresenti una diminuzione patrimoniale per la parte a cui favore avviene»¹² con l'esigenza 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 c.c., per effetto dell'art. 9 d.l. 1/12 il parametro sostituisce direttamente la tariffa, come criterio di riferimento per l'esercizio del potere officioso di tassazione delle spese di soccombenza e quindi (co. 5 dell'art. 9) nel rinvio formale contenuto all'art. 60 l. prof. e all'art. 75 disp. att. c.p.c.

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 oggi, 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 (sent. 18 gennaio 2011, *Mgn Limited c. Regno Unito*) ha di recente statuito che il patto di quota lite (*honoraires de résultat* ovvero *success fees*) 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.

GIUSEPPE CARRARO

¹¹ Cfr. infatti Cass. 7293/11, in *F.it.*, 2011, I, 1720.

¹² CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 901.