

21
COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI CA' FOSCARI - VENEZIA

————— 20 —————
NUOVA SERIE

GIORGIO ORSONI

L'ORDINAMENTO
PROFESSIONALE FORENSE

Aspetti problematici



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2005



GIORGIO ORSONI, *L'ordinamento professionale forense. Aspetti problematici*

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI CA' FOSCARI - VENEZIA

NUOVA SERIE

20

GIORGIO ORSONI

L'ORDINAMENTO PROFESSIONALE FORENSE

Aspetti problematici



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2005

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2005 by Cedam - Padova

ISBN 88-13-25997-2

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Stampato in Italia - Printed in Italy

GRAFICHE FIORINI - VIA ALTICHIERO, 11 - VERONA

INDICE

| | | |
|-----------------------|------|-----|
| <i>Premessa</i> | Pag. | VII |
|-----------------------|------|-----|

CAPITOLO PRIMO

L'ORDINAMENTO PROFESSIONALE FORENSE

| | | |
|--|------|----|
| 1) Ordinamento professionale ed ordinamento giuridico: profili ricostruttivi | Pag. | 1 |
| 2) La tesi degli ordinamenti sezionali | » | 11 |
| 3) La teoria dei gruppi organizzati: spunti evolutivi | » | 19 |

CAPITOLO SECONDO

GLI ORGANI TERRITORIALI LOCALI

| | | |
|--|------|----|
| 1) I Consigli dell'Ordine degli Avvocati quali soggetti Amministrativi | Pag. | 25 |
| 2) Le competenze dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati | » | 31 |
| 3) La potestà disciplinare: fondamento e natura | » | 36 |

CAPITOLO TERZO

IL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

| | | |
|--------------------------------------|------|----|
| 1) Le competenze del C.N.F. | Pag. | 43 |
| 2) La funzione giurisdizionale | » | 48 |

CAPITOLO QUARTO

IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

| | | |
|-------------------|------|----|
| 1) Le fonti | Pag. | 57 |
|-------------------|------|----|

| | | |
|--|------|----|
| 2) La scansione procedimentale ed il principio del giusto procedimento: | Pag. | 66 |
| a) l'iniziativa | » | 71 |
| b) l'istruttoria | » | 75 |
| c) il dibattimento | » | 79 |
| d) la decisione | » | 80 |
| 3) I limiti di applicazione della legge 241/90 sul procedimento amministrativo | » | 85 |

CAPITOLO QUINTO

LA FASE DI IMPUGNAZIONE

| | | |
|-------------------------------------|------|-----|
| 1) Le parti | Pag. | 101 |
| 2) La disciplina del giudizio | » | 105 |
| 3) La sentenza | » | 110 |

PREMESSA

L'evoluzione delle dinamiche sociali permea inevitabilmente la concezione dell'ordinamento giuridico.

Il rapporto di necessaria corrispondenza intercorrente tra l'ordinamento giuridico "*formale*" e quella che è la sua rappresentazione materiale segue le regole del divenire.

È allora che la proliferazione degli interessi economici da motore di sviluppo del sistema produttivo, si fa anche propulsore di nuove ed ulteriori aggregazioni sociali.

O anche, e più semplicemente, della modificazione (evolutiva?) di quelle già in essere.

L'esistenza di un ordinamento giuridico sovrano ha finora incontestabilmente legittimato la configurazione di una pluralità di derivazioni; autonomamente organizzate e normate.

Quale sia la natura di tali soggetti giuridici è argomento dibattuto, così come non trova pacifica collocazione l'inquadramento dei poteri esercitati dagli stessi.

Gli ordinamenti professionali in generale, quello degli avvocati, ai fini della nostra indagine, vivono ancor oggi di una tale problematicità.

Che si tratti di ordinamenti giuridici derivati, di mere forme associative, o addirittura di gruppi organizzati non è questione da poco.

Né, come si vedrà, è questione scevra di conseguenze sulla caratterizzazione delle articolazioni territoriali e sulla efficacia delle relative determinazioni.

E, più di ogni altro, sulla natura e rilevanza del potere disciplinare di cui i consigli dell'ordine degli avvocati sono dotati nei confronti degli iscritti.

La crescente dilatazione delle figure soggettive operanti nell'al-

veo della pubblica amministrazione e la procedimentalizzazione della loro attività potrebbe essere, sul piano metodologico, presupposto per tracciare un'ipotesi ricostruttiva, un contributo ai tentativi di inquadramento sistematico.

CAPITOLO PRIMO

L'ORDINAMENTO PROFESSIONALE FORENSE

SOMMARIO: 1) Ordinamento professionale ed ordinamento giuridico: profili ricostruttivi. – 2) La tesi degli ordinamenti sezionali. – 3) La teoria dei gruppi organizzati: spunti evolutivi.

1) *Ordinamento professionale ed ordinamento giuridico: profili ricostruttivi*

1. L'ordinamento professionale è l'organizzazione giuridica di una determinata professione.

Una tale definizione è indubbiamente incontestabile sul piano squisitamente formale. Sul piano cioè meramente descrittivo.

Essa, invece, non supera i rigori della logica formale.

Qualsivoglia ordinamento giuridico è infatti organizzazione giuridica, e trattandosi di un ordinamento professionale è evidente che la struttura organizzativa sia funzionale a disciplinare l'esercizio di una professione.

È indubitabile pertanto che la definizione non superi i rilievi critici ai quali si presta qualsivoglia formulazione tautologica.

Ma, essa, è, altresì, di ben poca utilità nell'indagine giuridica volta a individuare, sul piano sistematico, quale sia la configurazione dell'ordinamento professionale, o meglio di ciascun ordinamento professionale, nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Perché è evidente che la giuridica esistenza e la collocazione di qualsivoglia ordinamento derivato debba trovare legittimazione e supporto nell'ordinamento originario.

E dunque, per mutuare l'espressione di Salvatore Roma-

no⁽¹⁾ in quell'ordinamento giuridico caratterizzato dall'essere territoriale e sovrano, cioè originario perché *“mentre esso non dipende da nessun altro, viceversa ne dipendono tutti gli altri che hanno qualche efficacia nel suo ambito”*.

Ora, è proprio tale lineare definizione dell'ordinamento statale che ha indirizzato le speculazioni dogmatiche nell'individuazione ed enucleazione degli ordinamenti giuridici derivati.

Ed è sempre tale premessa definitoria che ha consentito di superare le difficoltà interpretative ingenerate dalla diffusione di formulazioni tautologiche⁽²⁾, estrinsecative, invero, della naturale interdipendenza degli studi di teoria generale del diritto dai sistemi elaborati dalle concezioni filosofiche.

Dunque, ordinamento giuridico territoriale, originario e sovrano⁽³⁾.

Si tratta, invero, non solo degli indici di riconoscibilità dell'ordinamento statale, ma altresì degli stessi indici di individuazione degli ordinamenti giuridici derivati.

Ed infatti, è solo riconoscendo in capo allo Stato la titolarità di un potere sovrano che può essere fugato quel pericolo paventato da Giannini di *“giungere a trovare ordinamenti giuridici ad ogni angolo di strada”*⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ SALVATORE ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª edizione, Firenze, 1946, pag. 35 e ss., ove l'autore dopo aver utilizzato l'immagine della sfera (*“una sfera a sé, più o meno completa di diritto obiettivo”*) per identificare la nozione di istituzione, vede nell'ordinamento giuridico la sua estrinsecazione. Ciascuna istituzione, secondo Romano, si concreta in un ordinamento in quanto la sua esistenza di per sé determina la posizione, la funzione ed una certa linea di condotta della medesima istituzione.

⁽²⁾ W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici, (Pluralità degli)* (voce) in *N.D.*, pag. 2, ove l'Autore riscontra nella definizione di Romano l'accento del passaggio da una pura definizione logica dell'ordinamento considerato come un'istituzione, alla rilevazione dei poteri sovrani di un'istituzione determinata ossia dei rapporti fra questa, che è lo Stato, e tutte le altre istituzioni che con esso non possono interferire perché gli sono subordinate.

⁽³⁾ Suggestiva è, al riguardo, l'espressione di SALVATORE ROMANO (in *L'ordinamento giuridico*, 2º, Firenze, 1951, pag. 51): *“lo Stato esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche e, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto”*.

⁽⁴⁾ M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, pag. 221.

La natura sovrana del potere riconosciuto in capo allo Stato, infatti, importa che possa riconoscersi l'esistenza giuridica esclusivamente di quegli ordinamenti di derivazione statale⁽⁵⁾.

Ove la nozione di derivazione deve essere intesa non soltanto sul piano genetico, quanto altresì su quello funzionale.

È derivato quell'ordinamento che trova fonte e legittimazione nelle leggi dello Stato che possono addirittura addivenire a preverne quale obbligatoria la sua costituzione.

Sicché, tali ordinamenti non sono soltanto pacificamente riconosciuti, in quanto coesistono all'ordinamento statale, ma la rispettiva costituzione è prescritta in quanto coesenziale all'esercizio delle funzioni alle quali i poteri dello Stato sono teleologicamente tesi.

È altresì derivato, quell'ordinamento al quale l'ordinamento sovrano riconosce qualsivoglia efficacia, ammettendone, sul piano giuridico, l'esistenza.

E dunque, per dirla con Romano⁽⁶⁾, inserendolo nell'ordinamento proprio e quindi subordinandolo.

Sicché, esso trova collocazione nell'ambito degli ordinamenti giuridici in quanto, sul piano funzionale, si caratterizzi per il ruolo di ausilio e supporto esplicito nell'ambito dell'ordinamento sovrano e nel rispetto dei poteri suoi propri.

Ciò, invero, non esclude ab imis l'esistenza giuridica e la stessa configurazione di forme associative, variamente modulate, talvolta

⁽⁵⁾ S. ROMANO, *op. cit.*, pag. 96 e ss. rileva come "il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati ... è invece spesso volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti. Per essi si pone, molto più di frequente la tesi che debbano tutti e senza eccezione ridursi al diritto statale. Anzi sarebbe lo stato che imprimerebbe loro il carattere giuridico, sia quando costituisce direttamente, sia in quanto non fa che riconoscerli che se tale riconoscimento non si ha, come nel caso di istituzioni ostili allo stato o comunque contraria ai principi essenziali da esso posti a base del suo diritto, siffatte istituzioni sarebbero da considerarsi antiggiuridiche non solo rispetto a quest'ultimo, il che è naturale, ma anche in sé e per sé".

Ciò, ad avviso dell'Autore, importerebbe l'inconfigurabilità di ordinamenti giuridici diversi da quello statale, determinando uno stridente contrasto con la storia e con la vita giuridica.

⁽⁶⁾ S. ROMANO, *op. cit.*, pag. 35 e ss.

dotate di una propria autoregolamentazione; esclude, invece, che siffatte strutture possano assurgere ad ordinamenti giuridici, e cioè a quelle organizzazioni coesenziali, in quanto comparticipi o coausiliatrici, nell'esercizio delle attività connesse alle funzioni dello Stato.

2. Orbene, posta tale premessa, di tipo metodologico, si tratta a questo punto, di soffermarsi su quelle particolari organizzazioni giuridiche che caratterizzano, regolandolo, l'esercizio delle professioni.

Ed in particolare l'esercizio della professione forense.

Ciò, al fine di individuare quale sia la collocazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico sovrano, quale ne sia il ruolo e che natura sia da attribuire all'attività dispiegata.

Una tale indagine, invero, potrebbe muovere da due differenti impostazioni sistematiche: potrebbe infatti procedersi dall'analisi di quella che è l'attuale strutturazione ed articolazione dell'ordine professionale degli avvocati, per ricavarne quale sia la relativa posizione nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale, o invece procedere, in senso opposto, soffermandoci sull'iter di costituzione e successiva evoluzione dell'ordine professionale per tracciarne, delineandoli, i suoi rapporti con l'ordinamento originario.

Privilegiando questo secondo approccio metodologico, non può tralasciarsi dal considerare un elemento storico.

A seguito dell'unificazione dello stato italiano, nella seconda metà dell'ottocento, con la legge dell'8 giugno 1874 n. 1938 (integrata dal successivo regolamento di attuazione, approvato con R.D. del 27 luglio 1874 n. 2012) trovava disciplina unitaria l'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore legale.

Tale ordinamento, sovrapponendosi a quelli già in vigore negli stati preesistenti, rappresentò un modello organico di disciplina della professione forense.

Una tale disciplina, come ha sottolineato un autore⁽⁷⁾, coniata

⁽⁷⁾ C. LEGA, *Ordinamento professionale* (voce) in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, pag. 7.

sul modello della legislazione francese, fissava il principio del monopolio legale dell'esercizio professionale, nonché il principio di autonomia degli enti professionali costituiti su base corporativa, dotati di personalità giuridica, e comunque sottoposti alla vigilanza dello Stato.

Sicché l'esercizio della professione forense veniva ad essere consentito solo a coloro che ottenevano l'iscrizione in appositi albi, la cui gestione e tenuta era, in ogni caso, sottoposta alla vigilanza dello Stato.

Ora, se si è individuata⁽⁸⁾ in tale scelta di politica legislativa, l'estrinsecazione di una visione giuspubblicistica dell'esercizio della professione, è ben vero, peraltro, che una tale configurazione ha finito con il connotare la collocazione della professione forense nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale.

La previsione (e la conseguente subordinazione) di un potere di vigilanza e controllo da parte dello Stato è infatti esplicitativa del riconoscimento della funzione sociale della professione forense, una funzione volta a soddisfare gli interessi della generalità dei consociati.

E tuttavia, una funzione esercitata da una categoria professionale autonomamente organizzata.

È, infatti, nel contemperamento dell'interesse pubblico (interesse connesso al riconoscimento della funzione sociale della professione) all'esercizio della professione forense con quello interno alla categoria professionale (interesse all'ordinato e diligente esercizio della professione) che deve rintracciarsi, sul piano storico, prima ancora che su quello giuridico, la natura dell'ordinamento professionale forense e la sua rilevanza giuridica.

Soccorre, peraltro, a supporto di tale argomentazione, un ulteriore elemento di carattere storico.

All'organica ed unitaria disciplina dell'ordinamento professionale forense, che rimetteva al controllo dello Stato la gestione degli enti professionali, a distanza di oltre mezzo secolo, seguiva la L. 25 no-

⁽⁸⁾ LEGA, *op. cit.*, *Ordinamento professionale* (voce) in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, pag. 7.

vembre 1938 n. 897 con la quale si generalizzava l'obbligo dell'iscrizione negli albi professionali, quale presupposto necessario per l'esercizio delle professioni a carattere tecnico⁽⁹⁾.

È allora che trovava rafforzamento il monopolio legale dell'esercizio delle professioni.

L'inquadramento, nell'evoluzione storica, degli enti professionali (in generale, dell'ente professionale esponenziale degli interessi della corporazione forense, in particolare) tra i soggetti pubblici⁽¹⁰⁾, la previsione di una riserva all'esercizio dell'attività professionale in capo ai soli iscritti, in uno con la previsione di un potere di controllo sulle modalità di esercizio dell'attività, ne è, infatti, chiara proiezione.

Ora, è ben vero che⁽¹¹⁾, a distanza di un decennio dalla legge del 1938, la scelta del costituente è stata di mera indifferenza alle forme giuridiche di esercizio delle professioni⁽¹²⁾, ma è altrettanto evidente il mantenimento ad opera della legge sull'ordinamento pro-

⁽⁹⁾ L'art. 1 della L. 897/38, dispone che "Gli ingegneri, gli architetti, i chimici, i professionisti in materia di economia e commercio, gli agronomi, i ragionieri, i geometri, i periti agrari ed i periti industriali non possono esercitare la professione se non sono iscritti negli albi professionali delle rispettive categorie a termini delle disposizioni vigenti".

⁽¹⁰⁾ LEGA, *op. cit.*, pag. 9, rileva la pacifica configurazione della personalità giuridica di diritto pubblico degli ordini professionali. Si tratta, ad avviso dell'autore, di corporazioni professionali riconosciute dallo Stato a causa dei fini pubblicistici che perseguono, dei poteri di imperio di cui lo Stato li ha dotati e dei controlli e vigilanze cui lo stesso le sottopone.

⁽¹¹⁾ G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, II ed., Milano, 2003, pag. 1144, ove l'Autore muovendo dall'indifferenza della costituzione rispetto alle forme giuridiche utilizzate per l'esercizio della professione, sostiene la libertà dei privati nell'organizzazione dell'addestramento.

Ciò, ad avviso dell'autore, "non è soltanto un diritto di libertà, come avviene per l'istituzione dei scuole private, ma comporta che la protezione degli interessi generali non passa per un'organizzazione pubblica che si faccia carico della preparazione dei professionisti".

⁽¹²⁾ L'art. 33 della costituzione, al V comma, si limita a prevedere, ai fini dell'esercizio dell'attività professionale, esclusivamente l'avvenuto superamento di un esame di abilitazione.

fessionale forense (R.D.L. 1578/33) di quel principio di riserva, già introdotto alla fine dell'800 sul modello della legislazione forense.

Il mancato riconoscimento costituzionale degli ordini professionali ha indubbiamente una matrice ideologica nelle scelte di politica legislativa che hanno accompagnato il lavoro del costituente.

Il riconoscimento del diritto al lavoro in uno con il riconoscimento della libertà di associazione non sarebbe immediatamente conciliabile con la previsione di qualsiasi perimetrazione delle forme associative delle formazioni sociali in cui verrebbe a collocarsi l'esercizio delle attività professionali.

Tuttavia, a fronte di una tendenziale liberalizzazione delle forme associative, il costituente ha ritenuto di subordinare l'esercizio delle libere professioni al superamento di un esame di abilitazione.

Che si tratti di un condizionamento del costituente agli istituti anteriori o, invece, di un naturale rapporto di evoluzione degli istituti giuridici, è questione sterile.

L'evoluzione dell'ordinamento giuridico formale trae la sua principale linfa dall'ordinamento materiale, che ne costruisce il sub-strato.

E, quest'ultimo, a sua volta è il portato dell'attività incessante di adeguamento evolutivo degli istituti giuridici al variare della realtà sociale.

Quanto le scelte del costituente siano state condizionate dall'evoluzione della legislazione sugli ordini professionali fin lì raggiunte è invero un interrogativo al quale potrebbe darsi risposta solo all'esito dei lavori di una nuova assemblea costituente.

Piuttosto, deve indurre ad una riflessione l'attuale sopravvivenza, quali principali (e pressoché uniche) fonti di disciplina dell'esercizio della professione di avvocato, il R.D.L. 1578/33 ed il relativo regolamento di attuazione il R.D. 37/34.

Ove, l'art. 1 della legge sull'ordinamento professionale limita l'esercizio delle funzioni di avvocato agli iscritti all'albo professionale, mantenendo quella "riserva" di matrice ottocentesca, della quale non v'è traccia nella Costituzione.

E ciò a fronte dell'espresso riconoscimento, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, della libertà professionale (art. 15 Carta dei diritti) ed ancor più, dell'inquadramento delle attività dei professio-

nisti tra le attività aventi natura economica⁽¹³⁾, assimilabili alle attività di impresa⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ La Corte di Giustizia della Comunità Europea con sentenza n. 309 del 19 febbraio 2002 (la c.d. sentenza Wouters) ha, ormai espressamente attribuito natura economica all'attività forense, soggiungendo altresì che gli avvocati costituiscono imprese in quanto offrono dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale ed assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività.

In quell'occasione, la Corte, muovendo dalla nozione di impresa, applicabile a chiunque offra beni o servizi sul mercato, in qualsiasi forma, giunse a qualificare gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi, come imprese ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

Soggiungendo a riguardo, che la circostanza che una siffatta associazione professionale avesse lo status di ente di diritto pubblico, secondo la legge nazionale, fosse assolutamente ininfluente ai fini dell'applicazione dell'art. 85 del Trattato CE.

Orbene, la peculiarità di una tale pronuncia, va colta anche in relazione ai contenuti della sentenza resa dalla medesima Corte, lo stesso giorno (è la sentenza Arduino resa nella causa C. 35/99 sempre il 19 febbraio 2002).

In quella sede, appunto, la Corte chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione italiana in materia di determinazione della tariffa degli onorari d'avvocato, rilevava che l'adozione, da parte di uno Stato, di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto elaborato dall'ordine professionale forense, una tariffa che fissi dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, non contrasta con le previsioni di cui all'art. 85 del trattato CE.

Ciò in quanto, ad avviso della Corte, la natura propositiva del potere del Consiglio Nazionale Forense non è di per sé idonea a determinare qualsivoglia eventuale decisione autoconcorrenziale.

Ove, entrambe le pronunce, collocano pacificamente gli avvocati tra gli operatori economici, escludendo, tuttavia, che questi siano titolari di poteri normativi o regolamentari idonei ad incidere sul mercato economico.

⁽¹⁴⁾ Invero, la tendenziale assimilazione delle prestazioni professionali rese dagli avvocati, ad opera degli organi giurisdizionali della Comunità Europea, all'attività di impresa verso modelli organizzativi quanto meno sensibili alle esigenze economiche del mercato deve necessariamente misurarsi con gli impulsi innovativi del nostro legislatore.

Orbene, a riguardo, la proposta di legge di riforma delle libere professioni, la Vietti bis, imporrebbe (ove trovasse approvazione nell'attuale formulazione) un integrale mutamento di prospettiva.

L'art. 1, di siffatta proposta di legge, nel dettare "*principi generali*", al secondo comma, sancisce: "*L'attività professionale è distinta dall'attività di impresa per la natura giuridica della prestazione, per l'autonomia, per la responsabilità diretta e personale del professionista e per il rispetto delle norme deontologiche a tutela del singolo e della collettività*".

Come tali, soggetti alle regole del mercato in materia di pubblicità, concorrenza, trattamento dei dati messi a disposizione dagli utenti. Sicché è difficile non scorgere, quanto meno, una sorta di pro-

Ora, è evidente che una siffatta previsione imponga delle riflessioni in ordine al suo inquadramento nell'ordinamento giuridico nazionale oltre che comunitario.

Ed infatti, al di là dei rapporti (che indubbiamente verrebbero ad assumere dei profili problematici) con le fonti comunitarie v'è da chiedersi quale raccordo, una siffatta previsione potrebbe trovare con quella contenuta all'art. 2238 c.c..

O, meglio, quali rivolgimenti, l'abrogazione dell'art. 2238 potrebbe determinare in quelle organizzazioni che già soggiacciono alle previsioni del titolo II del V libro del codice civile.

La sensazione è che ci si muova tra poli estremi. Da un lato, si colgono gli impulsi delle fonti comunitarie che propendono per una assoluta assimilazione delle prestazioni professionali rese dagli avvocati, alle prestazioni economiche rese da qualsivoglia imprenditore.

Dall'altro, il progetto di riforma delle professioni, esclude a priori, qualsivoglia connotazione imprenditoriale per l'attività professionale.

Ed, invece, in una posizione equidistante, da entrambi i poli, si pone la vecchia formulazione codicistica, la quale fedele alla cultura liberale che ha animato l'elaborazione del Codice Civile è scevra da qualsivoglia aprioristica sistematizzazione.

L'autonomia delle professioni intellettuali, dai modelli dell'attività imprenditoriale è tale da consentire che l'esercizio delle prime, ove abbia luogo nell'ambito di un'organizzazione imprenditoriale, soggiaccia anche alle previsioni codicistiche in materia di impresa.

Anche, e non esclusivamente.

Nel senso che l'applicazione della disciplina in materia di impresa, non soltanto verrebbe ad essere residuale, ma dovrebbe naturalmente superare quel giudizio di compatibilità che la diversità strutturale delle due attività, necessariamente pone.

Ora, a fronte della problematica formulazione del II comma, dell'art. 1 della Vietti bis, il DDL 669 Cavallaro – Federici (quale ulteriore disegno di legge in materia di disciplina degli ordinamenti professionali, ad oggi in discussione) rimane silente.

Alcun riferimento, infatti, è possibile rintracciare in siffatto testo ai rapporti tra l'esercizio delle professioni intellettuali e l'attività di impresa.

Eppure, anch'esso introduce una rilevante innovazione nei caratteri fondamentali che hanno finora contraddistinto l'esercizio della professione forense, quale professione liberale.

L'art. 2 del DDL, infatti, fornisce accanto alla definizione di "*libero professionista*", quella di "*professionista dipendente*".

E lo identifica nel "*soggetto che esercita la professione nelle forme del lavoro subordinato*".

Quindi, al successivo art. 3, individua quali obiettivi dell'attività legislativa l'apprestamento di pari garanzie per l'esercizio delle professioni intellettuali, siano esse svolte in forma libera o subordinata.

blematica criticità nei rapporti tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario ed ancor più in seno all'ordinamento interno,

È evidente come tali previsioni (ove dovessero trovare approvazione) obbligherebbero ad un ripensamento della stessa nozione di professione forense.

I caratteri tipici di una siffatta professione e dunque, a titolo esemplificativo, dall'autonomia delle scelte difensive, all'individuazione delle strategie professionali, dalla natura personale e diretta della responsabilità professionale, all'osservanza dei canoni deontologici, non potrebbero, infatti, continuare a connotarne l'esercizio.

A meno che non si intenda introdurre una pluralità di modelli d'esercizio della professione forense, gli uni in linea con la spirito delle professioni liberali, gli altri invece, sempre più orientati (se non addirittura assimilati) ai rapporti di lavoro subordinato.

Ma, a parte le discrasie che andrebbero a conseguire da una tale palese disomogeneità, tutto ciò importerebbe un ridimensionamento delle competenze dei Consigli dell'Ordine.

O meglio, priverebbe di sostanziali contenuti quel potere di vigilanza e controllo di cui sono titolari i Consiglieri territoriali, in ordine alla tenuta e gestione degli albi.

L'attività di verifica dell'esistenza (e della permanenza) dei requisiti per l'iscrizione all'albo, proprio per i professionisti che esercitano la propria attività nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e per conto delle stesse, è infatti estrinsecazione di un potere di vigilanza sull'esercizio della professione forense.

Vigilanza che siano garantiti e osservati quei requisiti di autonomia e personalità delle prestazioni.

D'altronde, è, ad oggi, univoco l'orientamento interpretativo del Consiglio Nazionale Forense (peraltro condiviso dalla stessa giurisprudenza di legittimità) nel ritenere quali requisiti imprescindibili per la qualificazione professionale dell'attività resa dai dipendenti degli uffici legali, di strutture amministrative che abbiano superato l'esame di avvocato al di là della autonomia dello stesso ufficio, l'autonomia delle prestazioni.

Ora, è facilmente immaginabile come il riconoscimento della figura del professionista "dipendente" finirebbe con il porre di fatto nel nulla in uno con il potere di vigilanza dei Consigli dell'Ordine, la stessa garanzia di libertà per i professionisti.

Ed, a nulla, infatti, varrebbe la previsione di principio, contenuta all'art. 3, al I comma, lett. f), del DDL, ove si individua, tra gli altri, quale obiettivo del legislatore la garanzia dell'indipendenza di giudizio e dell'autonomia del professionista.

Non rimane da auspicare, a questo punto, che il legislatore ove, in aderenza alla previsione di cui al II comma dell'art. 4 ter del DDL individui le professioni intellettuali compatibili con la prestazione di lavoro subordinato, ne escluda la professione forense.

In tal modo garantendo l'effettiva autonomia e indipendenza intellettuale.

D'altronde il decreto-legge recante "*Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*" (il c.d. Decreto sulla competitività) approvato l'11 marzo 2005

tra le previsioni costituzionali e le previsioni legislative, invero anteriori alla Carta Costituzionale, ma di fatto sopravvissute ad essa.

E tale problematicità è, ad oggi acuita, dopo che con la modifica del titolo V della Costituzione⁽¹⁵⁾, le professioni sono incluse tra le materie oggetto di legislazione concorrente.

Ciò comporta quale primo ed immediato effetto l'assoggettamento dell'ordinamento delle professioni ad una duplice riserva di legge, quella statale, per un verso, quella delle legislazioni regionali per l'altro.

Ed entrambe le legislazioni devono soggiacere indefettibilmente ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Il futuro degli ordinamenti professionali, allora, dovrà rintracciarsi, nell'evoluzione dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale, e dunque tra ordinamenti concomitanti.

2) *La tesi degli ordinamenti sezionali*

L'individuazione degli indici sintomatici necessari per la confi-

(nelle more della pubblicazione di questo lavoro) dal Consiglio dei Ministri, all'art. 2, al V comma, occupandosi di libere professioni, non assume alcuna posizione a riguardo.

La norma prevede infatti che *“ove gli ordinamenti di categoria prevedano un tirocinio per l'accesso alla professione, quest'ultimo può essere svolto secondo quanto previsto dalle norme deontologiche, sotto la responsabilità di un professionista, anche presso amministrazioni e società che svolgono attività nel settore”*.

Con una formulazione che lascia irrisolta la questione della configurazione del *“professionista dipendente”*, e si limita a prevedere la possibilità che l'esercizio della pratica legale abbia luogo presso amministrazioni e società che operano nel settore.

Ove la novità è relativa alla pratica presso società, visto che la giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense, a tutt'oggi, è tendenzialmente favorevole a riconoscere il praticantato svolto presso le amministrazioni, ove è istituito un ufficio legale.

⁽¹⁵⁾ La legge costituzionale n. 3/01, innovando la formulazione dell'art. 117 della Costituzione, al terzo comma, ha inserito le professioni tra le materie di legislazione concorrente, legittimando così l'intervento delle Regioni in un settore che, anteriormente rientrava nell'esclusiva competenza dello Stato.

gurazione di un ordinamento giuridico sovrano ha determinato l'emersione di tre caratteri connotanti.

L'ordinamento sovrano – come ha sottolineato la dottrina di inizio del '900⁽¹⁶⁾ – è un ordinamento avente base e substrato territoriale, un ordinamento originario, un ordinamento dal quale dipendono tutti gli altri ordinamenti costituitisi nell'ambito del suo territorio.

Ora, nella precedente esposizione, si è dato conto, in chiave ricostruttiva, di come il riconoscimento della funzione sociale dell'attività professionale forense abbia determinato (e legittimato?) l'attestazione della natura pubblica delle associazioni professionali a base corporativa, la limitazione dell'accesso all'esercizio della professione e viepiù il potere di controllo e vigilanza dello Stato.

E di come, a fronte della tendenziale liberalizzazione rintracciabile nella scelta del costituente, permanga, a tutt'oggi, il vigore e l'efficacia del principio di riserva all'esercizio della professione forense sancito all'art. 1 del R.D.L. 1578/33.

Sicché, ad oggi, non è dubbio che l'ordine professionale attraverso i suoi organi territoriali detenga il monopolio dell'attività forense e che, pur a fronte, del riconoscimento comunitario della libertà nell'esercizio delle professioni, l'utilizzazione del titolo di avvocato sia esclusiva prerogativa di coloro che risultino iscritti nei relativi albi, la cui gestione è compito dei consigli dell'ordine.

Orbene, un tale scenario normativo stimola, ancor oggi, a distanza di oltre mezzo secolo dalla sua teorizzazione, un'analitica riflessione sulla tesi dell'ordinamento professionale, quale ordinamento sezionale.

È nel 1958 che, occupandosi degli elementi degli ordinamenti giuridici, Giannini⁽¹⁷⁾ rilevava come gli studi di diritto amministrativo attraversassero una fase innovativa, in quanto l'ormai pacifico riconoscimento dell'esistenza di ordinamenti intermedi tra quelli sta-

⁽¹⁶⁾ SALVATORE ROMANO, *op. cit.*, pag. 35 e ss.

⁽¹⁷⁾ M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1958, pag. 219 ss..

tali e quello internazionale, aveva suscitato l'attenzione per gli ordinamenti secondari e settoriali interni.

Sicché, muovendo dal presupposto che la nozione di ordinamento giuridico fosse una nozione liminale, comprensibile solo facendo ricorso alla nozione sociologica di gruppo, l'autore procedeva all'individuazione degli elementi caratterizzanti l'esistenza di qualunque gruppo giuridicamente rilevante.

Venivano, pertanto, ritenuti elementi necessari minimi la plurisoggettività, per un verso, la normazione e l'organizzazione, per l'altro.

Il primo, elemento necessario, (*“la ragione d'essere di un ordinamento”*), il secondo ed il terzo elementi caratterizzanti.

Ora, se l'esistenza di una plurisoggettività è elemento indefettibile per qualsivoglia gruppo sociale è invece solo l'esistenza di un'autonomia normativa (di una normazione propria) che consente di connotare la qualificazione del gruppo. La sua emersione nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Deve trattarsi, invero, di una normazione che promani dal gruppo e sia destinata ad operare al suo interno, con propria forza cogente.

Quanto all'organizzazione, essa è elemento che rende possibile l'azione del gruppo. Ne consente l'estrinsecazione nel mondo giuridico.

Organizzazione che, nell'impostazione di Giannini, non può prescindere dall'aver un carattere permanente.

All'individuazione degli elementi degli ordinamenti giuridici, l'autore fece seguire⁽¹⁸⁾ lo studio delle relazioni intercorrenti tra gli stessi.

Ciò lo indusse a ritenere che, nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale moderno – quale figura più evoluta di ordinamento giuridico –, si inserissero quali autonomi soggetti giuridici quei componenti (dell'ordinamento) che hanno la pienezza virtuale di ogni situazione giuridica soggettiva.

⁽¹⁸⁾ M. S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1990, pag. 997.

E questi, in quanto derivati dall'ordinamento statale, si come deputati ad operare in specifici settori dello stesso ordinamento, assumerebbero la configurazione di ordinamenti sezionali.

Connotazione che l'autore riconosce, anche ai fini della nostra indagine, agli ordinamenti professionali.

Ora, riprendendo le fila del nostro argomentare, la suggestività di una tale tesi non può esimerci da un'analisi di quelli che dalla metà del '900, e, ad oggi, sono gli elementi caratterizzanti l'ordinamento professionale forense.

E, ancor più incisivamente, quali siano le possibili conseguenze di una tale teorizzazione, della configurazione cioè di un ordinamento sezionale.

È evidente che tale analisi debba essere condotta alla stregua dei tre elementi ("datità" per dirla con Giannini) necessari per l'esistenza di qualsivoglia ordinamento giuridicamente rilevante.

L'elemento soggettivo, ossia la plurisoggettività, quelli oggettivi, ossia la normazione e l'organizzazione.

Dunque, plurisoggettività.

Un tale elemento è invero incontestabile non solo nell'ambito dell'ordinamento professionale forense, ma in qualsivoglia gruppo sociale, quale aggregazione di cittadini che si muovono nel medesimo contesto. Sia esso connotato da esigenze di carattere sociale, economico, culturale, etnico.

L'aggregazione di coloro che esercitano l'attività professionale forense, tuttavia, ha un suo precipuo presupposto.

Non si tratta di un'aggregazione spontanea, quanto invece, in linea con l'originaria struttura corporativa dell'associazione professionale, di una *condicio sine qua* non per l'accesso all'attività professionale.

Il superamento dell'esame di abilitazione – alla stregua della previsione di cui all'art. 33 della Costituzione – è infatti condizione necessaria per l'iscrizione agli albi tenuti dai consigli territoriali. E tale iscrizione è, a sua volta, presupposto indefettibile per l'uso del titolo di avvocato e per l'esercizio della relativa attività.

Non si tratta, pertanto, di un gruppo spontaneo.

Ma veniamo all'autonomia normativa.

Invero, soffermandosi sulla principale fonte di disciplina del-

l'ordinamento professionale forense, il R.D.L. 1578/33, è difficile rintracciare una disposizione idonea a legittimare, in capo agli organi dell'ente professionale, la titolarità e l'esercizio di un potere normativo.

E, di fatto, a distanza di circa settanta anni dall'entrata in vigore del R.D.L. 1578/33 alcuna produzione normativa è ascrivibile all'ordine professionale forense.

A meno che non si intenda attribuire natura regolamentare alla recente tipizzazione delle norme deontologiche⁽¹⁹⁾.

Ciò, peraltro, dopo aver risolto la questione, di teoria generale del diritto, della natura ed efficacia delle medesime norme.

Procediamo partitamente.

L'art. 38 del R.D.L. 1578/33, nell'attribuire agli organi territoriali (i Coa) un potere disciplinare sugli iscritti, individua espressamente quale presupposto per l'esercizio di un tale potere, l'avvenuta realizzazione, da parte dei medesimi, di "*abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale*".

Così rimettendo alla valutazione casistica degli organi titolari del potere disciplinare l'individuazione delle fattispecie aventi connotati di illiceità.

È evidente, allora, che nella volontà del legislatore del 1933 non fosse rintracciabile alcuna attribuzione, in capo all'ente professionale, di un potere regolamentare, ossia di un potere di normazione secondaria avente funzione complementare ed integrativa della previsione legislativa contenuta all'art. 38.

Sicché, anche ove si superassero le obiezioni opposte⁽²⁰⁾ alla

⁽¹⁹⁾ Il codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 febbraio 1997 e successivamente modificato il 16 febbraio 1999, prima che si addivenisse all'ultima modifica del 26 febbraio 2002. Esso si articola in cinque titoli, il primo dedicato ai principi generali, i restanti ai canoni complementari, quali casi specifici maggiormente ricorrenti.

⁽²⁰⁾ C. LEGA, *In tema di deontologia professionale forense* (Giurisprudenza Italiana, 1960, III, 39) rileva come, etimologicamente, deontologia è la scienza del dovere, cioè di quello che si deve fare. E si traduce in quel complesso eterogeneo di principi, norme e consuetudini che regolano, non sempre da uno stretto punto di vista tecnico, la condotta degli appartenenti a una data categoria professionale.

configurazione delle norme deontologiche, quali norme giuridiche, anche in tal caso rimarrebbe problematica l'individuazione della fonte di esercizio di un siffatto potere normativo.

Non essendo rinvenibile, infatti, nel testo dell'art. 38 qualsivoglia delega normativa a riguardo.

D'altronde, l'attività codificatoria delle norme deontologiche, rappresenta non altro che l'esigenza di fornire uno strumento di ausilio nella disciplina dell'esercizio delle prestazioni professionali.

Strumento utilizzabile dagli organi interni non invece da qualsivoglia organo dell'ordinamento giuridico statale.

Ed ad un tale rilievo soccorre la stessa formulazione dell'art. 38, ove individua espressamente e tassativamente quali organi titolari del potere disciplinare *"il direttorio del sindacato che ha la custodia dell'albo in cui il professionista è iscritto"*, ed al *"direttorio del sindacato nella giurisdizione del quale è avvenuto il fatto per cui si procede"*.

Soggiungendo che la ripartizione di competenza tra i due organi *"è determinata, volta per volta dalla prevenzione"* ⁽²¹⁾.

Ed allora, è palese che una tale previsione escluda ab imis, la titolarità di qualsiasi potere disciplinare in capo ad organi diversi dagli attuali consigli territoriali.

Ma una tale limitazione non è scevra di conseguenze in ordine allo stesso riconoscimento di un potere di normazione in capo agli organi dell'ordinamento professionale.

Del potere di normazione propria, indicato da Giannini, non c'è infatti traccia.

Ad avviso dell'Autore, l'eterogeneità delle fonti delle norme deontologiche (principio morale e religioso, principio generale del diritto, usi di categoria) è d'ostacolo ad una generale efficacia nell'ordinamento giuridico. È vero, infatti, che le norme deontologiche di natura etica sono prive di rilevanza giuridica, ma è pur vero che la relativa violazione legittima l'irrogazione di sanzioni di carattere disciplinare, rilevando nell'ambito dell'ordinamento professionale.

⁽²¹⁾ Laddove la ratio di tale disciplina si deve cogliere nella necessità di privilegiare la speditezza dell'intervento repressivo nei confronti di chi abbia connesso un fatto idoneo a gettare discredito sull'Ordine.

E la stessa controversa natura delle norme deontologiche potrebbe addirittura indurci a ritenere che si tratti non tanto di estrinsecazione di un potere normativo (del quale peraltro non v'è legittimazione nell'ordinamento giuridico statale), quanto, invece, dell'estrinsecazione di un potere organizzativo.

Ossia di una sorta di "normazione sull'organizzazione" ⁽²²⁾ e dunque di null'altro che della disciplina delle modalità di esercizio dell'attività professionale forense, in quanto attività resa dagli appartenenti al medesimo ordinamento professionale.

Ove la disciplina delle modalità di esercizio di un'attività, attiene ai profili organizzativi della stessa, non alla sua intrinseca natura.

Allora, non si è in presenza di un potere normativo, quanto di un mero potere di organizzazione.

Rimane, appunto, per ultimo, da soffermarsi sull'ultimo degli elementi individuati da Giannini quali indici di riconoscibilità degli ordinamenti giuridici.

Ossia l'elemento dell'organizzazione.

Alla difficoltà di individuare la sussistenza di un'autonoma potestà di normazione, corrisponde, per contro, la pacifica ed incontestabile configurazione di un apparato organizzativo avente caratterizzazione ed articolazione territoriale.

Dotato, seguendo l'impostazione di Giannini ⁽²³⁾ di propri uffici, tanto sul piano oggettivo, quanto su quello soggettivo (munera).

I Consigli territoriali, infatti, si configurano quali apparati strutturali deputati al compimento delle relative attribuzioni (la tenuta e la gestione degli albi, alla stregua della previsione di cui all'art. 16 e ss., del R.D.L. 1578/33, l'esercizio del potere disciplinare, alla stregua della previsione di cui al successivo art. 38 della medesima disposizione legislativa).

Dunque, non è dubbia la sussistenza dell'elemento organizzazione.

Invece, è assai dubitabile, a seguire il metodo di indagine, sin

⁽²²⁾ L'espressione è di GIANNINI, in *Le relazioni...*, op. cit..

⁽²³⁾ M. S. GIANNINI, in *Le relazioni...*, op. cit..

qui svolto, che l'ordinamento professionale forense integri di per sé la nozione di ordinamento sezionale.

Ed infatti, esso, al di là del rapporto di derivazione genetica sussistente con l'ordinamento giuridico statale, non gode che di normazione eteronoma.

Ciò non consente di ritenere sussistente quel requisito che lo stesso Giannini⁽²⁴⁾ ha ritenuto imprescindibile per la configurazione di qualsivoglia ordinamento sezionale.

Qual'è appunto l'esistenza di "un'autorità centrale, munita dei poteri propri, amministrativi e normativi" alla quale sono sottoposti tutti gli appartenenti all'ordine professionale.

L'ordinamento professionale forense non gode di poteri aventi la forza necessaria per disciplinare autonomamente quel settore dell'ordinamento giuridico costituito dagli iscritti agli albi territoriali degli avvocati⁽²⁵⁾.

A meno che si intenda sufficiente ai fini della nozione di "normazione", la mera titolarità di un potere di normazione sull'organizzazione, tipico esso di tutti i gruppi organizzati.

Seguendo tale ultima impostazione, tuttavia, si giungerebbe a sostenere la sussistenza di un ordinamento sezionale, in ciascun gruppo organizzato.

E, ancor più incisivamente, a ritenere la coesistenza, nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale, di una pluralità di ordinamenti sezionali, tanti quanti sono i settori dell'ordinamento.

Ciò, tralasciando l'esistenza e le variabili connotazioni di una molteplicità di soggetti giuridici intermedi, posti in posizione di equidistanza tanto dall'ordinamento giuridico statale, quanto da quelli sezionali.

È questo, infatti, il primo evidente limite di una concezione pan-settoriale dell'ordinamento.

⁽²⁴⁾ M. S. GIANNINI, in *Le relazioni...*, op. cit..

⁽²⁵⁾ Ciò è avvalorato dal fatto che non vi è un ordine professionale con un'autorità di vertice a cui obbediscono gli iscritti ai vari ordini, ma appunto un insieme di "Ordini", essi pure soggetti indipendenti, svincolati da qualsiasi gerarchia con il Consiglio Nazionale.

3) *La teoria dei gruppi organizzati: spunti evolutivi*

L'emersione di profili critici nell'impostazione di Giannini induce a riflettere sulla qualificazione giuridica di un ordinamento professionale, qual è quello forense, sfornito di qualsivoglia potere di normazione propria.

Viene da soffermarsi, infatti, sulla stessa utilizzazione della nozione di ordinamento, per un'organizzazione di per sé non idonea a disciplinare l'esercizio dell'attività dei propri iscritti.

La nozione di ordinamento, infatti, potrebbe essere utilizzata sul piano meramente descrittivo e sarebbe indubbiamente idonea a delineare i tratti di un apparato strutturale organizzato in funzione di rappresentante esclusivo di una determinata categoria professionale.

Ma, ove, invece si intendesse attribuire alla nozione di ordinamento qualsivoglia rilevanza giuridica, verrebbe a palesarsi quanto meno una difficoltà di collocazione dell'“*ordinamento professionale forense*” in seno all'ordinamento giuridico statale.

Al rapporto di derivazione funzionale, intercorrente con quest'ultimo, infatti, si aggiunge il rapporto di stretta dipendenza normativa⁽²⁶⁾.

E ciò osta inevitabilmente a che possa ritenersi integrata quella nozione di autonomia tipica delle articolazioni giuridiche intermedie.

Eppure, per quanto, la tesi dell'ordinamento sezionale, non meriti totale condivisione, non è invece da tralasciare la premessa dalla quale essa muove.

⁽²⁶⁾ È proprio in considerazione della esistenza di una riserva di leggi dello Stato anche nella determinazione delle tariffe professionali degli avvocati che la Corte di Giustizia della Comunità Europea nella causa Arduini (C 35 – 99 sentenza 35 del 19 febbraio 2002) ha escluso la configurabilità di qualsivoglia invocazione dell'art. 85 del trattato CE, in materia di tutela della concorrenza.

In quell'occasione, la Corte ha evidenziato che dall'esame della legislazione dello Stato italiano, in ordine al procedimento di approvazione delle tariffe, emerge l'inesistenza di qualsivoglia delega da parte del legislatore statale in capo ad operatori privati assumendo decisioni di intervento nel settore economico.

Giannini – ha rilevato Guarino⁽²⁷⁾ – è famoso come inventore di formule e l'invenzione delle formule è il segno espressivo della capacità di avvertire la novità, di intuirne la portata, di avviarne la sistemazione.

Ora, è indubitabile, che la novità avvertita da Giannini, fin dagli anni cinquanta del secolo scorso, sia stata, tra l'altro anche la tendenziale emersione di una pluralità eterogenea di figure soggettive, variamente caratterizzate e modulate nell'ambito dell'ordinamento statale.

E, per l'ordinamento professionale forense, la novità era probabilmente data dalla necessaria appartenenza di una determinata categoria professionale ed un'organizzazione titolare di un potere esponenziale degli interessi di ciascun iscritto.

Ove, l'omogeneità degli interessi giustifica e supporta il fenomeno aggregativo.

Ad oggi, pur nell'interpretazione evolutiva già accennata della nozione di avvocato, tipica dell'ordinamento comunitario, è indubitabile che la pluralità degli iscritti agli albi insediati presso i Consigli territoriali, costituisca una classe, tanto dal punto di vista sociale, quanto da quello economico.

Volendo mutuare il paradigma elaborato da Giannini, dei tre elementi caratterizzanti ciascun ordinamento giuridico, è, ai nostri fini, pacifica la presenza dell'elemento soggettivo: la plurisoggettività, appunto.

Una plurisoggettività dotata di una propria struttura organizzativa, o meglio, una plurisoggettività organizzata.

Dunque, un gruppo.

È evidente, infatti, che l'esistenza di un apparato organizzativo consenta di elevare ciascuna classe sociale a gruppo.

Un gruppo socialmente rilevante, in quanto come si è visto, la sua formazione "obbligata", fa sì che esso adempia ad una funzione trascendente rispetto ai meri interessi degli iscritti.

L'ordine professionale, infatti, quale aggregazione degli avvoca-

⁽²⁷⁾ G. GUARINO, "Classi" e "Gruppi" nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti per Giannini*.

ti, è al contempo centro di riferimento degli interessi degli iscritti e titolare della funzione di tutela dell'affidamento dei consociati.

Ed in ciò concorre al perseguimento di un interesse generale, un interesse pubblico.

Né, peraltro, come è stato di recente evidenziato⁽²⁸⁾, la mancata espressa menzione degli ordini professionali, ad opera del costituente, può indurci a ritenere che essi non godono di una protezione a livello costituzionale.

È ben vero, infatti, che non si tratta di organismi necessari, visto che la Costituzione non ne prescrive l'esistenza, pur tuttavia, il requisito imposto dal legislatore ordinario della necessaria appartenenza di coloro che esercitano la professione forense, fa sì che essi ricevano la tutela offerta dall'art. 2 della Costituzione.

Trattandosi, infatti, di formazioni sociali, nelle quali trova (o meglio dovrebbe trovare) esplicitazione la personalità di ciascun iscritto.

E che l'ordine professionale abbia ad oggi trovata tutela al pari delle altre formazioni di cui all'art. 2 della Costituzione, è un dato incontestabile, ove si consideri il coinvolgimento dei suoi organi nei procedimenti legislativi di settore o, ancora, nel rilievo che le decisioni assunte dai suoi organi, in sede disciplinare, acquistano in capo all'autorità giurisdizionale dello Stato⁽²⁹⁾.

Pur tuttavia, è proprio la riconducibilità dell'ordine professionale tra le formazioni sociali, a porre un ulteriore elemento di perplessità.

Trattandosi, infatti, di una nozione aperta e soggetta alle costanti regole del divenire, la tutela a tutt'oggi apprestata all'ordine professionale forense è passibile di modificazioni.

Ed infatti, mutuando l'espressione di Guarino⁽³⁰⁾, la sede costi-

⁽²⁸⁾ G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, pag. 1175

⁽²⁹⁾ Il riferimento è funzione consultiva di cui è titolare il Consiglio Nazionale Forense oltre che all'impugnabilità delle sentenze adottate dal CNF, nell'esercizio della funzione giurisdizionale avanti le Sezioni Unite della Cassazione, alla stregua delle previsioni dell'art. 56 della legge sull'ordinamento professionale professionale forense.

⁽³⁰⁾ G. GUARINO, *op. cit.*, pag. 389.

tuzionale opera come filtro finalizzato alla selezione tra vari interessi, che si presentano ad essa come tendenzialmente pubblici o meritevoli di tutela.

Ed è dal costante rapporto tra gli interessi degli enti esponenziali dei gruppi sociali e quelli della collettività, nel suo insieme, che va rintracciata la rilevanza dei primi⁽³¹⁾.

Quale sia il futuro dell'ordine professionale forense è, pertanto, questione assai complessa⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ G. GUARINO, *op. cit.*, pag. 389, rileva come "nelle collettività evolute è emersa negli ultimi anni una nuova forma di freno o limite per gli interessi di gruppo. Sono state messe a punto tecniche di analisi e controllo della congiuntura economica, che sulla base di alcuni grandi aggregati (bilancia commerciale e bilancia valutaria, che costituiscono le variabili esterne; rapporto tra le entrate e la spesa pubblica globale dell'anno; entità dell'indebitamento pubblico; ritmo dell'inflazione), obbligano la sede governativa a proporsi obiettivi precisi in materia di sviluppo ed a rispettare specifiche condizioni per conseguirli: Gli interessi settoriali che non siano compatibili con il disegno di insieme devono essere abbandonati o quanto meno postposti".

⁽³²⁾ Mentre le Camere erano impegnate nell'esame della proposta di legge di riforma delle libere professioni (la c.d. Vietti bis), e nel mentre era ancora in fase di studio un progetto parlamentare di disciplina degli ordinamenti professionali, il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto legge, l'11 marzo 2005, contenente "Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" ove, all'art. 2 ha inserito gli ultimi 4 commi in materia di professioni: "Nel caso in cui l'abilitazione professionale costituisca requisito per l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato, è obbligatoria l'iscrizione all'albo per l'espletamento delle relative funzioni. Ove gli ordinamenti di categoria prevedano un tirocinio per l'accesso alla professione, quest'ultimo può essere svolto secondo quanto previsto dalle norme deontologiche, sotto la responsabilità di un professionista, anche presso amministrazioni e società che svolgono attività nel settore.

Nelle commissioni per l'esame di stato per l'abilitazione professionale non più della metà dei commissari sono designati dall'ordine o collegio territoriale tra gli iscritti all'albo.

Fatti salvi gli ordini attualmente esistenti, l'istituzione di nuovi ordini è subordinata alla necessità di tutelare interessi costituzionalmente rilevanti nello svolgimento di attività caratterizzate dal rischio di danni sociali conseguenti a eventuali prestazioni non adeguate.

Le associazioni costituite da professionisti che non esercitano attività regolamentate, tipiche di professioni disciplinate ai sensi dell'articolo 2229 del codice civile, se in possesso dei requisiti e nel rispetto delle condizioni prescritte dalla legge, possono essere riconosciute".

Professioni e Ordini professionali, in generale la professione forense, in particolare, stanno attraversando come ha chiaramente evidenziato CASSESE (*La riforma*

La sua attuale configurazione di gruppo socialmente e giuridicamente rilevante è soltanto un mero indice sintomatico della natura degli interessi economici ad esso sottesi.

Non idoneo di per sè a garantirne la sopravvivenza, a meno che le istanze sostenute dalle logiche di classe retrocedano a fronte della preminente funzione di interesse generale (tipica del gruppo), che l'ordine forense è chiamato a svolgere nell'ambito dell'ordinamento statale.

degli ordini professionali, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 6, 2001 pag. 633), una fase di turbolenza.

Le elaborazioni progettuali, infatti, nel mentre manifestano una crisi latente nel settore professionale, mettono in discussione, talvolta anche in modo contraddittorio, quei pochi punti fermi che, attraverso l'interpretazione evolutiva della legge di disciplina della professione forense, potevano ad oggi, rintracciarsi.

CAPITOLO SECONDO

GLI ORGANI TERRITORIALI

SOMMARIO: 1) I Consigli dell'Ordine degli Avvocati quali soggetti amministrativi. – 2) Le competenze dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati. – 3) La potestà disciplinare: fondamento e natura.

1) I Consigli dell'Ordine degli Avvocati quali soggetti amministrativi

L'organizzazione dell'ordine professionale degli avvocati è articolata su base territoriale.

L'art. 16 del R.D.L. 1578/33 prevede la costituzione, per ogni tribunale, di un albo degli avvocati. Ed il D.Lgs.Lgt. 382/44, nel dettare “*norme sui consigli degli ordini e sulle commissioni interne professionali*”, all'art. 19 prevede la costituzione, per ciascun circondario di Tribunale di un unico Consiglio dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori.

A completare, sul piano nazionale, l'apparato organizzativo, soccorre il Consiglio Nazionale Forense, costituito – alla stregua della previsione di cui all'art. 52 della legge sull'ordinamento professionale – presso il Ministero di Giustizia.

Quale sia la natura di tali organi è questione di rinnovato interesse.

Tanto più ove si consideri l'incidenza, in siffatta materia, degli studi più recenti sulla nozione oggettiva di amministrazione e sul conseguente ampliamento delle figure soggettive operanti nell'ambito della disciplina pubblicistica.

È allora che si verifica l'emersione della questione della configurazione degli organi dell'Ordine professionale forense (e con mag-

giore interesse, dei consigli locali) nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Le considerazioni già svolte precedentemente, ove ci si è soffermati sulla corretta qualificazione dell'ordinamento professionale forense, quale ordinamento giuridico, pur in posizione di derivazione da quello statale, hanno evidenziato la problematicità dello stesso approccio definitorio.

La prospettata carenza di autonomia indurrebbe, infatti, a collocare l'ordine professionale nel novero delle aggregazioni giuridicamente rilevanti, ben distanti dall'integrare la nozione di ordinamento.

Pur tuttavia, tale impostazione dogmatica non può sottacere i risultati evolutivi dell'attività giurisprudenziale, tanto ad opera degli organi giurisdizionali nazionali, quanto ad opera di quelli comunitari.

Non può tralasciarsi infatti dal considerare come ad oggi, trovi sempre maggiore condivisione, l'inquadramento degli organi territoriali dell'ordine forense tra i soggetti di diritto pubblico.

Ciò invero, in linea con la già accennata, tendenziale dilatazione della nozione oggettiva di pubblica amministrazione e la conseguente attrazione nel novero dei soggetti amministrativi degli esercenti attività di rilevanza pubblica.

In particolare è a seguito dell'entrata in vigore, nel nostro ordinamento, della legge sul procedimento amministrativo, la L. 241/90, che, muovendo dall'esigenza di individuare i soggetti amministrativi, gravati, in quanto tali, dall'obbligo dell'osservanza dei principi sul giusto procedimento, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di soffermarsi sulla natura dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati.

Ed ad una prima fase interpretativa⁽¹⁾, nella quale si qualificava il Consiglio dell'Ordine, quale "*organo incaricato di una funzione tipicamente pubblicistica, esercitata nell'interesse della categoria*", seguiva il suo pacifico inquadramento tra le pubbliche amministrazioni destinatarie dei precetti di cui al capo V della L. 241/90⁽²⁾.

⁽¹⁾ TAR Toscana, sez. I, 2 luglio 1996 n. 596.

⁽²⁾ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 marzo 1998 n. 430. D'altronde, lo stes-

Dunque, tra i soggetti gravati dall'obbligo di trasparenza e di partecipazione procedimentale.

Fin quando⁽³⁾, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati veniva qualificato quale ente pubblico, con funzioni di tenuta dell'albo professionale, di regolamentazione disciplinare, di formazione ed aggiornamento.

Ora, il pacifico inquadramento, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati nel novero dei soggetti pubblici, non è che il punto di avvio di ulteriori problematiche.

Ed, infatti, non può sottacersi come la medesima giurisprudenza amministrativa⁽⁴⁾, in uno con la Corte di Giustizia della Comunità

so Consiglio Nazionale Forense nel parere n. 74, reso il 27 maggio 1999 riconosceva la pacifica riconducibilità degli ordini professionali nel novero delle pubbliche amministrazioni.

⁽³⁾ Il Consiglio di Stato con la sentenza della IV sezione del 20 marzo 2000, n. 1478, pronunciandosi in ordine all'avvenuto esercizio di un patrocinio congiunto da parte di un professionista iscritto all'albo di uno stato membro della Comunità Europea, con un professionista iscritto ad un albo in Italia, ha incidentalmente qualificato i Consigli dell'Ordine degli Avvocati quali enti pubblici. Rivendicando, peraltro, la propria giurisdizione nell'ipotesi di valutazione del corretto esercizio dei poteri pubblicistici da parte degli stessi.

E, a distanza di alcuni mesi, con la sentenza n. 6270, del 6 novembre 2000, la III sez. di Milano, del TAR Lombardia, rilevava come "*il Consiglio dell'Ordine, inserito a livello dottrinale in quella categoria di organi di natura pubblica definiti esponenziali di collettività non territoriali, svolge una funzione che va al di là della mera certificazione dell'attività degli iscritti*", soggiungendo come gli ordini professionali presentano una indubitabile natura pubblica strettamente correlata ai poteri di cui sono investiti ed all'attività svolta.

Invero, sulla natura di ente pubblico non economico dell'ordine professionale, si era già espressa la Corte Costituzionale (nella sentenza n. 470 del 30 settembre 1997) ove aveva rilevato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, al IV comma, della L. 20/94 nella parte in cui rimette alla Corte dei Conti l'individuazione degli enti da sottoporre al controllo successivo sulla gestione. Ribadendo, pertanto, che gli ordini professionali, soggiacciono ex L. 20/94 al controllo della Corte dei Conti, sui risultati della gestione.

E tale pronuncia trovava altresì successiva adesione delle S.U. della Corte di Cassazione (sentenze n. 5762 del 10 giugno 1998).

⁽⁴⁾ Il TAR Lazio (I sez., sentenza n. 466 del 28 gennaio 2000) aderendo ad una nozione di impresa "*di impianto eminentemente funzionale*" (nozione già propugnata a livello comunitario già nel decennio precedente, con la sentenza della Corte

Europea, pur riconoscendo la natura pubblica dei Consigli dell'Ordine, soggiungeva tuttavia come l'attività legale dovesse essere assimilata all'attività di impresa, concretizzandosi nell'erogazione di un servizio, a fronte del pagamento di un corrispettivo.

Sicché la questione della natura giuridica degli organi territoriali dell'ordine forense assumeva aspetti poliedrici.

Il riconoscimento, nell'ambito degli ordinamenti nazionali e comunitari, di un ruolo pubblicistico degli organi territoriali – invero esplicativo della rilevanza generale degli interessi tutelati – ove messo a confronto, infatti, con la crescente dilatazione dei profili imprenditoriali delle prestazioni forensi, è indice sintomatico, quanto meno, sul piano storico, di una fase di transizione.

L'inquadramento dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati nel novero dei soggetti amministrativi può, infatti, essere inteso quale punto di arrivo dell'evoluzione della stessa nozione di pubblica amministrazione.

Una nozione, dapprima arricchita dalle figure dei concessionari di pubblici servizi, quindi dagli esercenti i medesimi.

Tutti considerati, quali organi indiretti della stessa amministrazione.

Ma come si concilia un tale inquadramento con l'assimilazione dell'attività forense all'attività di impresa?

Ed infatti, la configurazione degli organi territoriali dell'Ordine forense tra i soggetti pubblici ha avuto, indubbiamente, quale momento intermedio, il riconoscimento della rilevanza pubblicistica degli interessi oggetto di tutela, siccome afferenti all'esercizio di un'attività di interesse collettivo e dunque generale.

Orbene, è la natura dell'attività prestata dai professionisti (o meglio la funzione sociale del servizio reso) che ha determinato

di Giustizia, 23 aprile 1991 causa C – 41/90, 17 febbraio 1993, cause riunite C – 159/91 e C – 160/91) in forza delle quali i liberi professionisti sono qualificabili imprenditori esclusivamente in relazione all'idoneità ad incidere sul mercato, alterando la libera concorrenza, rileva come gli ordini professionali siano da assimilare alle associazioni di imprese, ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust. Tale orientamento interpretativo è stato per ultimo ribadito dalla Corte di Giustizia nella causa C – 309/99 con la sentenza n. 309 del 19 febbraio 2002.

l'inserimento dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati tra i soggetti pubblici.

Ciò in quanto organi deputati all'esercizio (come si vedrà oltre) di poteri disciplinari e di vigilanza sulle modalità di compimento dell'attività forense, attività, a sua volta di pregnante rilevanza pubblica, resa in funzione dell'esercizio di un servizio pubblico.

Ma, se, siffatta attività viene assimilata all'attività di impresa, potrebbe addirittura mettersi in dubbio la sua stessa rilevanza pubblicistica.

E ciò importerebbe quanto meno quale prima conseguenza un ripensamento della natura dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati.

D'altronde non è possibile sottacere come a fronte della indubitabile rilevanza pubblicistica dei poteri esercitati dagli stessi, si ponga la crescente incidenza di siffatti poteri nell'ambito del mercato.

E ciò fino a realizzare, seppur astrattamente, forme di coordinamento delle condotte dei professionisti suscettibili di assumere rilevanza ai fini della disciplina in materia di tutela della concorrenza⁽⁵⁾.

Ora, è evidente che una tale poliedricità debba essere risolta, quanto meno, sul piano sistematico.

Ritenere – alla stregua dell'attuale orientamento giurisprudenziale – che i professionisti siano assimilabili agli imprenditori ed i Consigli dell'Ordine, alle associazioni di imprese mal si concilia con la rilevanza pubblica dell'attività dei primi e dei poteri dei secondi.

A meno che non si ritenga di essere in presenza di un'attività imprenditoriale di rilevanza pubblica, avente, quali strutture organizzative territoriali, appunto, soggetti di diritto pubblico.

Ed infatti, la questione non potrebbe certamente trovare soluzione, come peraltro, ha ben arguito Oppo⁽⁶⁾, limitandosi a ritenere

(⁵) In tal senso, TAR Lazio 466/00, cit..

(⁶) G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Rivista diritto civile ...*, pag. 23, ove l'autore rileva come "se il professionista è imprenditore vuol dire che svolge un'attività di mercato, se i Consigli sono associazioni di imprese, non lo sono solo ai fini delle tariffe; se vi è un mercato delle professioni, è l'esistenza del mercato, la libertà del mercato che rende inammissibile le tariffe ...".

che l'identificazione della professione intellettuale all'attività di impresa operi solo ai fini della disciplina antitrust.

Una siffatta impostazione, infatti, non sarebbe idonea a ricomporre le incoerenze fin qui delineate.

D'altronde, la stessa configurazione dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, quali associazioni pubbliche di imprenditori, non è scevra di incongruenze, né peraltro sarebbe di per sé idonea a rappresentare quella che è l'effettiva connotazione degli organi territoriali dell'ordine forense.

Tuttavia, a fronte della crescente problematicità di carattere sistematico, un dato appare incontestabile.

Vi è, però, la necessità, come ha arguito la dottrina⁽⁷⁾ di procedere ad una correzione dell'impostazione dogmatica.

Sarebbe, infatti, da tener presente come la disomogeneità delle fonti e della stessa disciplina dei medesimi istituti giuridici, nei differenti ordinamenti nazionali, abbia fatto sì che gli eventuali interventi degli organi comunitari espongano, quanto meno, al rischio di generare asimmetrie e dislivelli.

Qual'è appunto, ai nostri fini, la configurazione dell'organo territoriale dell'ordine forense, quale soggetto pubblico, ciò a fronte della natura eminentemente privata dell'attività svolta dagli iscritti e dell'assimilazione, a livello comunitario, di una tale attività in quella d'impresa.

Senza dimenticare peraltro, che la crescente permeabilità dell'ordinamento nazionale, ad opera dell'ordinamento comunitario, può determinare addirittura una sorta di intervento interpretativo, dell'autorità giurisdizionale nazionale, di mero adeguamento agli istituti di diritto comunitario.

Ed allora, fonte di eventuali asimmetrie, non è salvo in via mediata, esclusivamente l'ordinamento comunitario⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ S. CASSESE, *La riforma degli ordini professionali in Rassegna forense*, 2002, pag. 15.

⁽⁸⁾ La necessità di garantire regole comuni per l'esercizio dell'attività professionale forense dei cittadini appartenenti alla Comunità Europea è negli ultimi decenni cresciuta.

Il recepimento, nell'ordinamento nazionale, della direttiva CEE n. 77/249 – ad

2) *Le competenze dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati*

La poliedrica natura giuridica dei consigli dell'ordine, si è detto, è chiara rappresentazione della transizione storica che sta, ad oggi, caratterizzando l'ordinamento nazionale, necessariamente proiettato nella comunità europea e proteso a recepirne i principi ordinatori.

La soluzione che, sul piano sistematico, verrà ad essere privilegiata, invero, dovrà naturalmente contemperare gli impulsi del mercato globale dei servizi pubblici, nel quale anche i professionisti sono destinati ad operare, con quella che è la natura e la disciplina delle competenze dei consigli locali.

Ed un siffatto contemperamento potrà ritenersi favorevolmente realizzato, soltanto ove la connotazione giuridica degli organi locali dell'ordine forense non tradisca la configurazione delle sue interne articolazioni.

Ma veniamo, appunto, alle competenze dei consigli dell'ordine.

Orbene, una tale analisi deve muovere da una necessaria impostazione metodologica; deve cioè, assumere quale criterio discrezionale la rilevanza dei poteri di cui i consigli locali sono ad oggi titolari.

Distinguendo, così tra i poteri "*interni*", quei poteri che trovano esplicazione nei confronti dei soli iscritti, ed i poteri "*esterni*", quei

opera della L. 31/82 – in materia di libera prestazione dei servizi, nonché della direttiva 88/89/48 – ad opera del D.Lgs. 115/92 – in materia di riconoscimento dei diplomi conseguiti in altro paese della Comunità, e per ultimo, della direttiva n. 98/5 CEE – ad opera del D.Lgs. 96/01 – in materia di diritto di stabilimento, in capo al professionista forense, in paese della comunità diverso da quello ove ha conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione, hanno mutato lo scenario dell'attività professionale.

A ciò si aggiunga che può ad oggi ritenersi che sia anche venuto meno il requisito della cittadinanza per l'esercizio della professione; difatti la S.U. della Cassazione (già con la sentenza del 16 novembre 1998 n. 11543) hanno riconosciuto in capo ai cittadini extracomunitari in possesso dei titoli professionali legalmente riconosciuti in Italia ed abilitanti all'esercizio delle professioni, il diritto di essere iscritti agli albi professionali "*anche in deroga alle disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana*".

Ciò, purchè, regolarmente soggiornanti in Italia all'entrata in vigore della L. 40/98.

poteri che esplicano la loro efficacia nell'ordinamento giuridico. E dunque anche nei confronti dei terzi.

Senza tralasciare, peraltro, dal considerare eventuali interferenze che l'esercizio di tali poteri possa determinare ed i conseguenti riflessi che potrebbero ripercuotersi sulla loro stessa connotazione.

1. Partendo dall'analisi dei poteri "interni" deve necessariamente assumersi, quale fonte di disciplina la legge sull'ordinamento professionale.

L'art. 14 della L.P., appunto, individua, a riguardo, la custodia degli albi, il potere disciplinare nei confronti degli iscritti, la vigilanza sul decoro dei professionisti nell'esercizio della pratica forense, il parere sugli onorari, la tutela dei diritti delle parti in caso di morte o allontanamento di un avvocato, la conciliazione delle contestazioni tra avvocati e clienti.

a) Alla stregua della previsione di cui all'art. 16 della L.P., presso ciascun tribunale è costituito un albo degli avvocati ed il regolamento di attuazione (il R.D. 37/34) ne attribuisce ai Consigli dell'Ordine (agli artt. 1 - 14) la tenuta e la relativa gestione.

Tale attribuzione trova ulteriore rafforzamento nella formulazione di cui all'art. 2229, al secondo comma, del codice civile, ove è previsto che "*l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi e negli elenchi, la tenuta dei medesimi... sono demandati alle associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato*".

Dunque, i consigli dell'ordine sono titolari del potere di tenuta e gestione degli albi.

Si tratta, indubbiamente di un potere che assume rilevanza interna, nei confronti degli iscritti o di coloro che aspirano ad essere tali, tuttavia non può tralasciarsi dal considerare (ed il tenore letterale della norma codicistica soccorre a riguardo) quale sia, nell'ordinamento giuridico, la funzione degli albi professionali.

Ossia una funzione di certezza pubblica o legale⁽⁹⁾ nel senso

⁽⁹⁾ L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, ed. 1993, pag. 516.

che l'albo attesta pubblicamente l'esistenza in capo all'iscritto dei requisiti e dei presupposti per l'esercizio di una determinata professione.

E tale funzione di certezza legale assume indubbiamente rilevanza nell'intero ordinamento. Essa, infatti, nell'apprestare un idoneo sistema di garanzie in capo a terzi in ordine alla formazione ed alla competenza del professionista, concorre al perseguimento di un interesse generale, oltre che all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, qual'è il diritto di difesa.

Pertanto è oltremodo evidente come il potere di tenuta e gestione degli albi al di là della sua rilevanza nei confronti degli iscritti espliciti, altresì, effetti considerevoli nell'ordinamento generale.

b) Ulteriore potere avente rilevanza "interna" è da rintracciare nella previsione di cui all'art. 38 della L.P. *"gli avvocati che si rendono colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità ed al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare"*.

È evidente che, una siffatta norma costituisca il fondamento del potere disciplinare, quale mero potere sanzionatorio.

La formulazione letterale non consentirebbe, infatti, di ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire ai consigli locali, qualsivoglia potere di individuazione delle fattispecie idonee ad integrare eventuali illeciti disciplinari.

Si tratterebbe, pertanto, quanto meno "prima facie", di un potere dimidiato.

Ciò, in quanto il soggetto titolare del potere di irrogazione delle sanzioni disciplinari non godrebbe del parallelo potere di individuazione e disciplina dei comportamenti illeciti.

Ma di ciò si dirà oltre.

c) Per ultimo, assume rilevanza "interna" la potestà tributaria di cui sono titolari i consigli dell'ordine.

Il fondamento di tale potere è da rintracciare nella previsione generale contenuta nell'art. 7, al secondo comma, del D.Lg.Lt. 382/44, ove prevede che i consigli degli ordini hanno facoltà di stabilire *"entro i limiti strettamente necessari a coprire le spese... una tas-*

sa annuale per l'iscrizione nel registro dei praticanti e per l'iscrizione all'albo, nonché una tassa per il rilascio dei certificati e dei pareri per la liquidazione degli onorari".

Una previsione quest'ultima che, per i consigli dell'ordine degli avvocati, ha determinato l'abrogazione implicita del divieto contenuto nell'art. 92 della L.P. ove, all'ultimo comma, il legislatore del 1943, aveva espressamente previsto che *"non può essere imposta alcuna tassa relativamente all'iscrizione negli albi professionali e nel registro dei praticanti"*.

Orbene, anche in relazione all'esercizio di un siffatto potere non è possibile limitarsi ad una valutazione dei meri riflessi interni.

Ed infatti, i consigli dell'ordine⁽¹⁰⁾ soggiacciono, al pari degli altri enti pubblici non economici, al controllo successivo della Corte dei Conti, sulla gestione del bilancio e del patrimonio.

Sicché, essi sono sottoposti ad una verifica sulla legittimità e regolarità delle gestioni e sulla rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dal legislatore.

Ed indubbiamente la ratio di un tale potere di controllo è da rintracciare nella tutela dell'interesse dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico⁽¹¹⁾.

D'altronde, come si è correttamente rilevato⁽¹²⁾, è ben vero che gli ordini professionali non ricevono finanziamenti dal bilancio dello stato o di altri enti pubblici, ma è sufficiente la loro natura di enti pubblici a renderli, per ciò solo, soggetti al controllo sui risultati della gestione, regolato dalla L. 20/94.

Fin qui sui poteri *"interni"*.

2. Quanto, invece, ai poteri aventi rilevanza *"esterna"* emerge, in primo luogo, la titolarità di poteri consultivi rappresentativi e di designazione, quindi, la legittimazione processuale e procedimentale.

⁽¹⁰⁾ Si vedano a riguardo le sentenze della Corte Costituzionale del 30 dicembre 1997 n. 470 e delle S.U. della Cassazione n. 5762 del 10 giugno 1998, già citate al paragrafo precedente.

⁽¹¹⁾ In tal senso, Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 29.

⁽¹²⁾ G. D'AURIA, *Corte dei Conti e controllo sulla gestione degli organi professionali*, in *Foro Italiano*, 1998, I, 1766.

Entrambi muovono dal medesimo fondamento: qual'è, appunto, la funzione di rappresentanza e tutela tipica degli enti esponenziali – qual'è l'ordine professionale – degli interessi comuni ai propri iscritti. E si tratta, infatti, di poteri riconosciuti per lo più in capo agli organi centrali.

L'art. 14, al secondo comma, del D.Lg.Lt. 382/44 dispone, con una previsione di carattere generale, che i consigli nazionali “*danno parere sui progetti di legge e regolamento che riguardano le rispettive professioni e sulla loro interpretazione, quando ne sono richiesti dal Ministro di Giustizia*”.

Pur in assenza di una analoga generica disposizione, tra le previsioni contenute nella legge professionale forense, l'art. 1 della L. 3 agosto 1949 n. 536 prevede che i criteri per la determinazione degli onorari in materia penale e stragiudiziale siano stabiliti ogni biennio con deliberazione del CNF, approvata dal Ministro di Giustizia e, quanto agli onorari in materia civile l'art. unico della L. del 7 novembre 1957 n. 1051, demanda al CNF di stabilire i criteri per la relativa determinazione.

Si tratta di una potestà meramente consultiva⁽¹³⁾ prerogativa del Consiglio Nazionale Forense, dalle quali sono esclusi i Coa.

Ma di ciò si dirà nel successivo capitolo.

⁽¹³⁾ La questione della natura del potere esercitato dagli Ordini professionali in materia di determinazione delle tariffe meriterebbe, per la sua complessità uno studio a sé. Ai fini della nostra analisi, si è scelto di dar conto di un tale potere, inquadrandolo, sul piano sistematico, tra quelli aventi rilevanza “esterna” e comunque appartenenti all'organo centrale, quale è il Consiglio Nazionale Forense.

Sulla natura consultiva di questo potere, è rilevabile, nel corso degli ultimi quarant'anni un univoco orientamento interpretativo. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20 del 4 aprile 1960 dichiarava non fondata la questione di legittimità dell'art. unico della L. 1051/57, in riferimento agli artt. 70 e 76 Cost., rilevando come la potestà conferita al Consiglio Nazionale Forense non invade un campo soggetto a riserva legislativa, ma attua un sistema di elaborazione dei criteri relativi alla misura dei compensi, di carattere regolamentare.

E, sulla stessa linea interpretativa, si colloca, nel 2002, la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, resa nella causa C – 35/99 ove si è attribuita al Consiglio Nazionale Forense un mero potere propositivo nel procedimento di approvazione ministeriale delle tariffe professionali.

Rimane da considerare la legittimazione procedimentale e processuale dell'ordine professionale che, tramite gli organi territoriali, muove in funzione di tutela dell'interesse collettivo degli iscritti all'albo.

Se l'esercizio del potere consultivo è esclusiva prerogativa del consiglio nazionale, non così avviene nell'esercizio di tale capacità.

La giurisprudenza ha, infatti, pacificamente riconosciuto, in particolare a seguito dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, la partecipazione procedimentale in capo ai consigli locali⁽¹⁴⁾ ed altrettanto pacificamente ne ha riconosciuto la legittimazione processuale anche, in materia disciplinare⁽¹⁵⁾.

3) *La potestà disciplinare: fondamento e natura*

La titolarità di un tale potere, come già accennato, trae fondamento nella previsione di cui all'art. 38 della legge professionale.

Con una formulazione di carattere generico⁽¹⁶⁾, il legislatore ha, infatti, attribuito in capo ai consigli dell'ordine un potere di controllo sulle condotte di ciascun iscritto, rimettendone, i parametri di valutazione, alla discrezionalità degli stessi.

⁽¹⁴⁾ Si veda, Cons. di Stato, IV sez., 3 aprile 1997, n. 333.

⁽¹⁵⁾ Le S.U. della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10956 dell'8 agosto 2001, hanno riconosciuto al Consiglio dell'Ordine, quale organo amministrativo nella materia disciplinare, la qualità di parte necessaria nei giudizi disciplinari davanti il Consiglio Nazionale Forense, ed altresì la legittimazione a sollecitare il controllo di legittimità da parte delle Sezioni Unite contro le medesime decisioni del Consiglio Nazionale.

Ciò postulando, in capo al Consiglio dell'Ordine, la titolarità di una posizione di interesse a mantenere in vita il provvedimento adottato all'esito di un procedimento disciplinare. E dunque al fine di garantire l'osservanza delle regole deontologiche in capo agli iscritti.

⁽¹⁶⁾ R. DANOVÌ, *Il procedimento disciplinare nella professione di avvocato*, Milano, 2004, pag. 3, sostiene che la formulazione utilizzata dal legislatore all'art. 38 della L.P. "è talmente carente data la latitudine delle espressioni utilizzate (abusi e mancanze e fatti non conformi alla dignità ed al decoro professionale), che non permette di individuare alcuna specifica statuizione, la cui violazione importi la sottoposizione dell'iscritto al procedimento disciplinare".

Ora, una prima lettura della norma potrebbe indurre ad una sua interpretazione fuorviante.

Potrebbe, infatti, ritenersi la titolarità, in capo ai consigli dell'ordine, di un potere dimidiato.

La potestà disciplinare attribuita dal legislatore assumerebbe la ristretta configurazione di un potere sanzionatorio, sicché l'ordine professionale sarebbe privo di un potere di individuazione delle fattispecie idonee ad integrare gli illeciti disciplinari⁽¹⁷⁾.

Ma, è evidente che una tale interpretazione trovi un primo ostacolo, proprio, nella stessa formulazione dell'art. 38.

La norma, infatti, pur non fornendo alcuna specificazione sulle condotte oggetto di procedimento disciplinare – peraltro in assoluta aderenza con il tenore delle fattispecie astratte, tipiche dell'attività di produzione normativa –, attribuisce agli organi dell'ordine forense la valutazione discrezionale della conformità dell'operato degli iscritti ai principi di dignità e decoro.

L'art. 12 della L.P. inserito, infatti, tra le disposizioni di carattere generale (e del quale, pertanto, l'art. 38 rappresenta una chiara proiezione) sancisce che “*gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia*”.

E prevede, a riguardo, quale presupposto indefettibile per l'esercizio della professione, la prestazione di un giuramento all'osservanza dei doveri professionali, con lealtà, onore e diligenza.

Presupposto per l'esercizio del potere sanzionatorio è, allora, la valutazione dell'aderenza delle condotte degli iscritti alle regole meta giuridiche sancite all'art. 12 della L.P. (così come richiamate espressamente all'art. 38).

E l'attività di valutazione è in sé attività di individuazione delle condotte illecite.

Il potere sanzionatorio ha, infatti, quale necessario momento propedeutico l'accertamento della configurazione di una fattispecie idonea ad integrare un'ipotesi di responsabilità disciplinare.

(17) È l'ipotesi pregiudicata da DANOVÌ, *op. cit.*

Pertanto è nella stessa formulazione dell'art. 38 della L.P. che va rintracciato il fondamento della potestà disciplinare, nella sua articolazione sequenziale: quale potestà di individuazione delle fattispecie illecite (in quanto contrastanti con i principi di dignità e decoro che devono presiedere all'esercizio dell'attività professionale) e quale conseguente ed eventuale potestà sanzionatoria.

L'eventuale teorizzazione di una potestà dimidiate finirebbe, infatti, con svilire quella che taluno⁽¹⁸⁾ ha individuato quale ratio sottesa alla stessa potestà disciplinare.

Piuttosto, la formulazione di cui all'art. 38 della L.P., al di là dell'apparente problematicità della configurazione della potestà disciplinare, pone una questione di maggiore incisività.

Il legislatore, infatti, nell'individuare, con una formulazione di principio, i parametri di valutazione delle condotte illecite, non ha previsto, a riguardo alcun potere di tipizzazione delle stesse in capo all'ordine forense.

In sede di esercizio della potestà disciplinare, invero, gli organi territoriali, alla stregua della previsione di cui all'art. 38 della L.P., dovrebbero, pertanto, procedere, utilizzando un metodo induttivo, ad enucleare dalla condotta dell'iscritto l'eventuale violazione dei principi di dignità e decoro.

Dunque, una valutazione casistica.

È infatti, seguendo una tale metodologia che gli organi titolari del potere disciplinare hanno operato fino alla prima metà degli anni '90 del secolo scorso, allorquando, invece il Consiglio Nazionale Forense ha proceduto all'elaborazione di un codice deontologico⁽¹⁹⁾.

L'elaborazione delle regole deontologiche e dei relativi canoni complementari, ha avuto luogo utilizzando un procedimento indut-

⁽¹⁸⁾ Si veda GERSA e TACCHI, *Albi di esercenti professioni ed attività economiche* (voce) in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pag. 1.

⁽¹⁹⁾ Il codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 febbraio 1997 e successivamente modificato il 16 febbraio 1999, prima che si addivenisse all'ultima modifica del 26 febbraio 2002. Esso si articola in cinque titoli, il primo dedicato ai principi generali, i restanti ai canoni complementari, quali casi specifici maggiormente ricorrenti.

tivo⁽²⁰⁾, assumendo cioè, a presupposto dell'attività codificatoria le decisioni disciplinari fin lì intervenute, quale momento di emersione delle condotte passibili di responsabilità disciplinare.

Ora, è proprio la tecnica di elaborazione del codice deontologico ad indurre ad una riflessione sulla natura ed efficacia delle disposizioni ivi contenute.

Un primo dato problematico è indubbiamente da rilevare nell'ineidoneità del codice ad esaurire la tipologia delle violazioni disciplinarmente rilevanti⁽²¹⁾, sicché esso non può erigersi a fonte esclusiva della responsabilità disciplinare degli iscritti.

L'approvazione del codice, infatti, non ha per nulla inficiato (esaurendolo) quel potere – che trova fondamento nell'art. 38 della L.P. – di individuazione e successiva valutazione delle condotte lesive dei principi di dignità e decoro professionali.

Ma una tale coesistenza di regole deontologiche scritte (quelle contenute appunto nel codice) e non scritte (quelle di volta in volta enucleate in sede di esercizio della potestà disciplinare), aventi necessariamente pari forza ed efficacia, importa una inevitabile conseguenza.

Ed infatti, ove si ritenesse con ciò superando il tenore letterale della formulazione di cui all'art. 38 della L.P., di attribuire al codice deontologico natura normativa, e cioè si profilasse una sua giuridica rilevanza nell'ambito dell'ordinamento generale⁽²²⁾, in tal caso, rimarrebbe, al di là delle problematiche incongruenze conseguenti

⁽²⁰⁾ L'espressione è di DANOVÌ, *op. cit.*.

⁽²¹⁾ Invero tale parzialità delle previsioni del codice deontologico forense è stata anche evidenziata dalla S.U. della Cassazione (sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002) ove è stato evidenziato come "In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del CNF elencanti i comportamenti che il professionista deve tenere con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, con i magistrati ed i terzi costituiscono mere esplicitazioni esemplificative dei principi generali contenuti nella legge professionale forense e nello stesso codice deontologico, di dignità, di lealtà, di probità e decoro professionale, e, in quanto priva di ogni efficacia limitativa della portata di detti principi, sono inidonee ad esaurire la tipologia delle violazioni disciplinarmente rilevanti".

⁽²²⁾ Cassazione, Sezioni Unite, 1 aprile 2004, n. 6406.

ad una tale qualificazione⁽²³⁾, irrisolto il problema della rilevanza normativa (o regolamentare) di norme non scritte.

La non esaustività delle previsioni del codice (o quanto meno l'inidoneità dei canoni complementari ad esaurire la tipologia delle condotte disciplinarmente rilevanti) profilerebbe infatti la configurazione di una delega in bianco in capo agli organi dell'ordine forense, esercitabile in sede di esercizio del potere disciplinare.

Così rimettendo la produzione normativa alla casistica disciplinare.

Né peraltro potrebbe obiettarsi che, a fronte della costante implementazione delle fattispecie disciplinari, si pone l'immutabilità dei principi generali contenuti nel codice deontologico, ciò in quanto le due partizioni dell'attività codificatoria (i principi generali, appunto, ed i canoni complementari) hanno pari efficacia.

Sicché attribuendo natura e forza normativa alle previsioni del codice si attribuisce tale carattere anche a tutte le eventuali future nuove emergenti fattispecie disciplinari.

Ma della natura delle previsioni contenute nel codice deontologico, si dirà, più diffusamente oltre.

Ciò che invece rileva, in questa sede, nell'analisi cioè del fondamento e della configurazione del potere disciplinare è, appunto, il convincimento della sua complessità.

Della sua bifasica articolazione: quale potere di individuazione delle condotte rilevanti⁽²⁴⁾ e quale potere meramente sanzionatorio.

⁽²³⁾ Si profilerebbe infatti l'esistenza, nell'ordinamento giuridico di un potere di normazione secondaria, privo del necessario substrato di legittimazione, qual'è appunto la deroga compiuta dal legislatore.

⁽²⁴⁾ È orientamento ormai univoco della giurisprudenza di legittimità (si veda per ultimo Cassazione S.U. n. 8225/02) riconoscere in capo agli organi titolari della potestà disciplinare, *“di adattare la previsione legale astratta ai casi concreti, facendo riferimento a regole già contenute in specifiche previsioni di legge o desunte da canoni di condotta condivisi dalla collettività o da principi deontologici dettati da singoli ordinamenti professionali, e prima ancora dal potere di emanare le regole di deontologia vincolanti per i propri iscritti, quale espressione di autogoverno della professione e di autodisciplina dei comportamenti dei professionisti”*.

Entrambi aventi fondamento normativo nell'art. 38 della L.P..

Rimane, per ultimo, di far cenno della natura giuridica della potestà disciplinare di cui sono titolari i Consigli dell'Ordine.

Un cenno, perché, a fronte della problematicità delle questioni fin qui poste, è invece ad oggi incontestata la natura amministrativa di un tale potere⁽²⁵⁾.

Si come funzionale a garantire la conformità dei comportamenti degli iscritti alle regole interne poste per l'esercizio dell'attività professionale.

Esso, infatti, trova esplicazione esclusivamente nei confronti degli iscritti, ne è titolare un organo che costituisce diretta promanazione degli stessi, e persegue la violazione di interessi che, per quanto

È per quanto attiene alla responsabilità disciplinare nella professione legale, tale affidamento si realizza attraverso l'attribuzione all'autonomia degli ordini professionali, enti esponenziali della categoria, sia del potere di applicare in via amministrativa (i consigli dell'ordine locali) e giurisdizionale (il Consiglio Nazionale Forense) le sanzioni previste dalla legge, sia della funzione di produzione normativa all'interno della categoria, attraverso l'enunciazione delle regole di condotta che i singoli iscritti sono tenuti ad osservare nello svolgimento dell'attività professionale".

⁽²⁵⁾ Invero, fino alla sentenza delle S.U. della Cassazione n. 1070 dell'11 aprile 1959 i Consigli dell'Ordine degli Avvocati (e prima i Direttori dei Sindacati degli avvocati e dei procuratori) erano ritenuti giudici speciali, mentre era controverso se dovessero trovare applicazione le norme del processo penale o quelle del processo civile.

È con la sentenza delle S.U. n. 1481 del 6 giugno 1960 che si riconobbe ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati, nell'esercizio del potere disciplinare, natura di organi amministrativi e non più di organi di giurisdizione speciale.

E tale orientamento fu successivamente ribadito nelle sentenze della Cass. n. 2893 del 25 ottobre 1960, quindi dalle S.U. con sentenza n. 1579 del 14 marzo 1961, fino ai nostri giorni (si veda, tra le ultime la sentenza delle S.U. 8252/02 già cit.).

Univoco, fin dagli albori, fu invece l'orientamento della Corte Costituzionale. Già con la sentenza n. 110 del 12 luglio 1967, la Corte, infatti, esclude che i Consigli dell'Ordine degli Avvocati, nello svolgimento della potestà disciplinare, assumessero qualsivoglia veste giurisdizionale.

E tale orientamento è ribadito ad oggi con la sentenza n. 497 del 13 novembre 2000.

abbiano riflessi esterni, sono teleologicamente tesi a garantire il corretto esercizio della professione⁽²⁶⁾.

D'altronde è conferma della natura amministrativa del potere disciplinare, la stessa circostanza che il suo esercizio ha luogo con le garanzie del procedimento.

Ma è questo un tema a sé, del quale si dirà nel prosieguo.

⁽²⁶⁾ Si veda in tal senso Cassazione, Sez. II, 27 agosto 1999, n. 8995.

CAPITOLO TERZO

IL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

SOMMARIO: 1) Le competenze del C.N.F. – 2) La funzione giurisdizionale.

1) *Le competenze del C.N.F.*

L'articolazione territoriale delle strutture organizzative dell'Ordine Forense trova rappresentanza, a livello nazionale, nel Consiglio Nazionale Forense.

A volerne delineare il profilo, è da scorrere il titolo V della legge professionale ed il capo VI del regolamento d'attuazione, ove trovano disciplina le sue principali competenze.

Manca, infatti, a tutt'oggi⁽¹⁾, una previsione idonea a consenti-

⁽¹⁾ La proposta di legge Vietti bis dedica un apposito capo, il III alla struttura degli ordini e, all'art. 20, individua gli organi a livello nazionale (presidente, comitato esecutivo e consiglio) e quelli di decentramento territoriale (presidente e consiglio direttivo).

Quindi ne disciplina le funzioni, al terzo comma dell'art. 21, prevedendo che "il Consiglio Nazionale: a) adotta lo statuto dell'Ordine; b) approva i regolamenti nelle materie di cui all'art. 2, comma 2; c) adotta il codice di deontologia professionale; d) determina gli oneri a carico degli iscritti; e) delibera le nomine e le designazioni in ambito nazionale; f) indica al comitato esecutivo gli obiettivi, le priorità ed i programmi relativi all'attività di amministrazione e di gestione dell'Ordine; g) esercita l'attività di controllo sugli organi locali, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia; h) esplica ogni altra funzione prevista dalla legge e dallo statuto".

Il D.D.L. Cavallaro Federici dedica, analogamente, l'art. 20 all'individuazione degli organi ed il successivo art. 21 alla disciplina delle relative funzioni (Spettano al Consiglio Nazionale i seguenti compiti: i) garantire il rispetto dei principi della presente legge; j) svolgere i compiti ad esso assegnati dalla legge in attuazione di

re, per un verso, l'inquadramento sistematico del Consiglio Nazionale, nell'ambito dell'ordinamento forense, per l'altro l'individuazione organica di quelle che sono le sue stesse competenze.

Sicché, è dai principi generali in materia di organizzazione degli ordini professionali⁽²⁾ che se ne è elaborato il modello organizzativo.

Ed allora quale organo rappresentativo a livello nazionale, dei locali Consigli dell'Ordine, o meglio quale organo comune a ciascuno di essi, se ne è riconosciuto un ruolo di rappresentanza istituzionale.

Al di là delle previsioni contenute nella L.P., il C.N.F., infatti adempie ad una funzione di raccordo degli interessi degli iscritti agli albi e di formalizzazione degli stessi agli organi dello Stato.

Con ciò, partecipando, talvolta in via propositiva, talaltra in forza di meri apporti consultivi⁽³⁾, all'attività amministrativa, se non addirittura all'esercizio della funzione legislativa in materie comunque inerenti l'esercizio della professione forense.

E ciò che avviene in materia di tariffe professionali ove il C.N.F. è titolare di un potere propositivo⁽⁴⁾ nella determinazione della re-

obblighi comunitari; k) esercitare funzioni di coordinamento dei coordinamenti regionali e degli ordini locali; l) designare i rappresentanti della categoria presso commissioni e organi di carattere nazionale e internazionale; m) formulare pareri richiesti dalle pubbliche amministrazioni; n) determinare, sulla base di bilanci di previsione, la misura del contributo obbligatorio annuale per lo svolgimento dei compiti previsti dalla Legge che deve essere corrisposto dall'ordine territoriale in ragione del numero degli iscritti agli albi, nonchè percepire il contributo medesimo, mediante riscossione diretta ovvero con procedure esattoriali; o) adottare i regolamenti ad esso delegati dall'ordinamento di categoria; p) ogni altra funzione attribuita dall'ordinamento di categoria per lo svolgimento dei propri compiti).

(2) Sull'uniformità dei modelli organizzativi dei differenti ordini professionali (pur a fronte della diversificata disciplina legislativa relativa alle singole professioni) si veda F. TERESI, ORDINI e collegi professionali (voci) in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1982, pag. 453.

(3) L'art. 14 D. Lgs Lgt 382/44 stabilisce che i Consigli Nazionali danno pareri su progetti di legge e di regolamenti che riguardano le rispettive professioni e sulla loro interpretazione, a richieste, del Ministro di Giustizia.

(4) L'art. 1 della L. 3 agosto 1949 n. 536 stabilisce che i criteri per la determinazione degli onorari e dell'indennità dovuta agli avvocati in materia penale e stra-

lativa entità, nell'ambito di un procedimento che ha quale momento conclusivo l'approvazione di un decreto ministeriale⁽⁵⁾.

Decreto che, proprio a conferma della natura del potere esercitato dal C.N.F., può, come ha osservato un autore⁽⁶⁾, addirittura es-

giudiziale sono stabiliti ogni biennio con deliberazione del C.N.F., approvata dal Ministero per la Grazia e Giustizia.

Tale previsione è stata estesa alle prestazioni giudiziarie in materia civile dalla L. 7 novembre 1957 n. 1051.

⁽⁵⁾ È proprio in considerazione della natura meramente propositiva dei poteri del CNF in materia di determinazione delle tariffe professionali che la Corte di Giustizia CE, con la sentenza resa nella causa *Arduino* (C - 35/99) il 19 febbraio 2002 ha escluso che l'approvazione di siffatta tariffa possa ritenersi in contrasto con l'art. 85 del trattato costitutivo delle CE.

Ad avviso della Corte, il fatto che l'organizzazione di categoria sia incaricata soltanto di approntare un progetto di tariffa privo, in quanto tale, di forza vincolante, dato il potere del Ministro di far emendare il progetto, da parte di tale organizzazione, in uno con la circostanza in base alla quale la liquidazione degli onorari è effettuata dagli organi giudiziari, esclude qualsivoglia configurazione di intese restrittive della concorrenza.

Ciò, in quanto, per un verso, non si tratta di una determinazione inderogabile, per l'altro, non ha luogo ad una delega di poteri da parte dello Stato a favore degli operatori privati in materia economica.

Tema, invero, quest'ultimo sul quale si era già espressa la Corte Costituzionale, con sentenza n. 20/60, ove aveva rilevato la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'articolo unico della L. 1051/57, in riferimento agli artt. 76 e 70 della costituzione.

Ciò in quanto, ad avviso della Corte, l'articolo non contiene una delega all'esercizio di funzioni legislative, come si desume agevolmente sia dal testo della norma, sia dalla natura dell'organo cui essa attribuisce poteri (un organo tecnico), sia dal contenuto dei poteri stessi.

Nemmeno la norma attribuisce al CNF la potestà di emanare regolamenti in materia coperta da riserva di legge o tali, comunque che possano abrogare leggi vigenti.

Essa infatti si limita ad attivare un nuovo sistema di elaborazione dei criteri relativi alla misura dei compensi.

Ed infatti è da rilevare che gli artt. 57 e 64 della L.P. nell'originaria formulazione attribuiscono il potere di determinazione delle tariffe ai direttori dei sindacati forense e al Ministero di Grazia e Giustizia, e successivamente la L. 13 giugno 1942 n. 794 conteneva, nello stesso testo legislativo, tanto i criteri generali di determinazione delle tariffe, quanto le stesse tariffe.

⁽⁶⁾ V. PANUCCIO, a proposito di tariffe forensi e della natura degli ordini e del CNF nelle recenti decisioni della Corte di Giustizia CE, in *Rassegna forense*, 2003, pag. 527

sere negato o comunque può assumere un tenuto difforme dal testo proposto.

Proprio in quanto, l'approvazione ministeriale non assume la configurazione di una deliberazione di mera legittimità, ma è, essa stessa, estrinsecazione di un potere di determinazione, idoneo di per sé ad operare una valutazione di merito sulla proposta elaborata dal C.N.F..

Dunque, un potere consultivo.

Ora, muovendo dal metodo espositivo seguito nel precedente capitolo, nella prospettazione delle competenze dei consigli dell'ordine, dovrebbe procedersi ad una distinzione.

Distinguere, cioè, tali competenze, a seconda che esse trovino esplicazione esclusivamente nei confronti degli iscritti o invece, abbiano una rilevanza nell'ambito dell'ordinamento generale.

Non tralasciando, tuttavia dal considerare come, di per sé la configurazione del C.N.F. quale organo apicale di rappresentanza degli esercenti la professione forense, iscritti agli appositi albi, determini una maggiore difficoltà di carattere discrezionale.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai poteri consultivi in materia di determinazione delle tariffe professionali, è evidente, in tal caso, che l'elaborazione del progetto, si configuri quale estrinsecazione degli interessi della categoria, ma al contempo adempia ad una funzione di rilievo generale.

Qual'è appunto la determinazione delle tariffe professionali.

Né, peraltro, potrebbe obiettarsi che tutti i poteri riconosciuti in capo all'organo rappresentativo debbano di per sé essere esercitati nell'interesse della categoria, sicché l'attività del C.N.F., avrebbe sempre una duplice rilevanza.

Ciò in quanto la tutela dell'interesse dei professionisti è altro dall'ambito di rilevanza dei poteri esercitati dal C.N.F.

E non è dubbio che l'eventuale violazione delle determinazioni tariffarie, oltre ai riflessi nei confronti dei terzi, è essa stessa idonea ad assumere una rilevanza meramente interna, dando luogo alla violazione dei canoni deontologici in materia di divieto di accaparramento di clientela (ove si derogasse ai minimi tabellari) e comunque ai precetti di dignità, decoro e correttezza professionale (ove si derogasse ingiustificatamente ai massimi tabellari).

A condotte, cioè, integranti illeciti di rilievo disciplinare.

Così come gli stessi poteri esercitati dal C.N.F., in materia disciplinare, assurgono ad integrare l'esercizio di una funzione giurisdizionale.

Sicché, alla rilevanza interna del potere disciplinare esercitato dai Consigli dell'Ordine, si contrappone il rilievo generale che necessariamente consegue all'esercizio di qualsivoglia funzione giurisdizionale.

Ma di ciò vedremo più avanti.

Veniamo, a questo punto, a soffermarci sulle principali competenze del C.N.F..

Si è già detto del potere consultivo reso, nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza, nei confronti degli organi dello Stato. E di come esso partecipi talvolta all'esercizio dell'attività amministrativa o della funzione legislativa.

Si è accennato, altresì, alla funzione giurisdizionale in materia disciplinare (della quale sarà trattato diffusamente nel successivo paragrafo).

Una funzione della quale il C.N.F. è altresì titolare in sede di impugnazione in materia di iscrizione e cancellazione dagli albi.

Si è rilevato come entrambe le sfere di competenza assumano tendenzialmente una rilevanza sia all'interno della categoria, quanto al suo esterno, nell'ambito dell'ordinamento generale.

Rimane da considerare la competenza del C.N.F. in materia di disciplina dell'organizzazione dell'attività dei professionisti.

In materia, cioè, di individuazione e tipizzazione dei canoni deontologici sottesi all'esercizio della professione forense.

Ora, l'avvenuta codificazione, nel 1997 dei canoni deontologici (come già anticipato nel II paragrafo del primo capitolo e come diffusamente esposto nel capitolo IV, al primo paragrafo) è stata correttamente inquadrata dalla giurisprudenza⁽⁷⁾ quale estrinsecazione di un potere di auto regolamentazione.

Un potere, potremmo aggiungere, afferente la disciplina delle modalità organizzative dell'attività forense.

⁽⁷⁾ Cassazione, sentenza n. 5225/2002.

O meglio, per dirla, con Giannini⁽⁸⁾, un potere di normazione sull'organizzazione che troverebbe esplicitazione in regole endoassocie (come si dirà al successivo capitolo), prive di qualsivoglia rilevanza giuridica.

Ciò, evidentemente, con conseguenze di rilievo in ordine alla relativa efficacia nell'ambito dell'ordinamento generale ed alla stessa invocabilità da parte dei terzi⁽⁹⁾.

Ciò determina come conseguenza l'affermazione dell'assenza di un potere normativo in materia disciplinare⁽¹⁰⁾.

2) *La funzione giurisdizionale*

1. È, a tutt'oggi, univocamente riconosciuta la natura giurisdizionale delle funzioni svolte dal Consiglio Nazionale Forense, tanto in materia disciplinare, quanto in materia di iscrizione agli albi professionali⁽¹¹⁾.

La formulazione di cui agli artt. 54 – 55 e 56 della L.P., infatti, reiteratamente sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, sopravvive e rappresenta, sostanzialmente, l'unica fonte di disciplina del giudizio di impugnazione, proponibile avverso le decisioni dei Consigli dell'Ordine.

A soffermarsi sulla ratio di una tale configurazione, non può che assumersi quale presupposto, sul piano storico, la previsione

⁽⁸⁾ M. S. GIANNINI, *Le relazioni ...*, op. cit..

⁽⁹⁾ La natura e la rilevanza giuridica delle regole deontologiche è oggetto del primo paragrafo del capitolo III.

⁽¹⁰⁾ I progetti di riforma delle libere professioni (proposta di legge, Vietti bis ed il disegno di legge 691), entrambi attribuiscono al CNF un potere regolamentare in materia di deontologia professionale (ma, a riguardo, si rinvia al paragrafo I del IV capitolo).

⁽¹¹⁾ Sulla natura giurisdizionale delle funzioni del CNF, in materia disciplinare, si vedano univocamente Corte di Cassazione Sez. Unite, nn.109/70 – 954/74 – 2177/74 – 1030/76 – 10688/02 e per ultimo S.U. 26 maggio 2004 n. 10137 ed ancora S.U. 23 marzo 2005 n. 6213. Altresì, Corte Costituzionale, Sentenza 6 luglio 1980 n. 114, 17 febbraio 1972 n. 27, 23 dicembre 1986 n. 284.

E Corte Europa dei Diritti dell'Uomo sentenza 23 giugno 1981, *Le Comptie, Van Leuven*, 1 ottobre 1982 *Piersact*, 10 febbraio 1983, *Albert Le Comptie*.

di cui all'art. 102 della Costituzione, in uno con la VI disposizione transitoria.

Il divieto di istituzione di giudici speciali, infatti, in forza di un'interpretazione sistematica, funzionale ad assicurare un'ordinata disciplina di carattere transitorio, ha finito con assumere una valenza dimidiata.

La conclamata natura ordinatoria⁽¹²⁾ del termine quinquennale indicato nella VI disposizione transitoria ha di fatto, consentito, a tutt'oggi, la sopravvivenza di organi di giurisdizione speciale, preesistenti alla stessa Carta Costituzionale.

Qual'è appunto, il Consiglio Nazionale Forense.

Assolutamente inequivocabile, a riguardo, è infatti l'iter argomentativo utilizzato dalla Corte Costituzionale (interessata dall'ennesima questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 14 del D. Lgs. 382/44) ove, a metà degli anni '80⁽¹³⁾, facendo il punto sull'evoluzione interpretativa fin lì raggiunta, ha rilevato la piena ed incontestabile natura giurisdizionale delle attribuzioni in materia disciplinare e di iscrizione all'albo di tutti i Consigli Nazionali degli Ordini Professionali indicati agli artt. 1 e 18 del D. Lgs. lgt. 23 novembre 1944 n. 382.

Trattandosi di Ordini professionali che, già anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, avevano assunto la configurazione di enti autonomi. Ed i rispettivi organi erano titolari di funzioni giurisdizionali.

Pertanto, ad oggi, si tratterebbe di una funzione mantenuta in forza della previsione di cui alla VI disposizione transitoria e, vieppiù, rinforzata dal disposto di cui all'art. 102 della Costituzione, ove si prevede che la legge assicuri l'indipendenza dei giudici speciali.

Allora, anche ove, il legislatore ordinario, desse attuazione, pur decorso il termine quinquennale, alla VI disposizione transitoria, sottoponendo a revisione gli organi di giurisdizione speciale, preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione, dovrebbe, in

⁽¹²⁾ In tal senso, per ultimo, Corte Costituzionale n. 284/86.

⁽¹³⁾ Corte Costituzionale n. 284/86 cit..

ogni caso, avere a mente che la soppressione delle giurisdizioni speciali è subordinata alla condizione che la relativa disciplina non contrasti con i canoni costituzionali che presiedono la materia. E tra tali canoni vi è appunto quello sancito dall'art. 102 della Costituzione.

Norma che pone i giudici speciali, al pari degli organi di giurisdizione ordinaria, al riparo da inammissibili interferenze ed influenze esterne.

2. Tuttavia, a fronte di una tale pacifica configurazione, si tratta, di verificare se, ed in che misura, essa trovi giustificazione nell'attuale procedimento di evoluzione che sta caratterizzando sul piano legislativo e giurisdizionale nazionale e comunitario, la disciplina dell'Ordine Professionale Forense.

Verificazione che, sul piano metodologico, utilizzerà, quali parametri di riferimento, quelli che, nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sono stati individuati quali indici sintomatici del carattere giurisdizionale della funzione esercitata dal C.N.F. nel giudizio di impugnazione.

a) Il primo rilievo, evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale⁽¹⁴⁾ a riguardo, è rintracciabile in una evidente diversità di svolgimento del giudizio avanti il Consiglio Nazionale Forense rispetto al giudizio disciplinare che ha luogo avanti il Consiglio dell'Ordine.

Ha rilevato, a riguardo, la Corte come nel procedimento di impugnazione il Pubblico Ministero agisce a tutela dell'interesse generale esterno, rispetto a quello del gruppo professionale, esercitando un potere di per sé inidoneo a configurare una mera collaborazione nell'espletamento di un'attività amministrativa.

Sicché, è la natura giurisdizionale del potere esercitato dal Pubblico Ministero, ad incidere sulla stessa configurazione della funzione esercitata dal C.N.F., in materia disciplinare.

Ove, invece, l'assenza di tale partecipazione necessaria, in se-

(14) Corte Costituzionale n. 110/67.

no al giudizio svolto dai COA, a sua volta, comprova la natura amministrativa della potestà disciplinare esercitata da questi organi territoriali.

b) Ulteriore indice sintomatico della natura giurisdizionale della funzione esercitata dal C.N.F., alla stregua dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, è da rintracciare nel rinvio operato dalle fonti di disciplina del giudizio di impugnazione, alle disposizioni del codice di procedura penale⁽¹⁵⁾.

Ciò, tanto in materia di deliberazione della decisione (ove è espresso il rinvio residuale dell'art. 63 R.D. 37/34 all'art. 473 c.p.p.) quanto in considerazione del fatto che la decisione, al pari della sentenza, è pronunciata in nome del popolo italiano (ex art. 4, al I comma del R.D. 37/34) ed altresì, in relazione alla formulazione di cui all'art. 56 della L.P. ove prevede l'esperibilità del ricorso avanti la Corte di Cassazione avverso la decisione del C.N.F..

Ricorso che, ad avviso del giudice di legittimità è chiaramente inquadrabile nello schema di cui all'art. 111, al II comma della Costituzione, in quanto l'ipotesi di annullamento della decisione con rinvio ed il conseguente obbligo di conformarsi al punto di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione evidenziano "*una significativa sintonia*" con la disciplina del giudizio di rinvio, tipica degli organi di giurisdizione ordinaria.

3. Ora, a ben guardare, la giurisprudenza costituzionale ha utilizzato un procedimento interpretativo di carattere deduttivo, per inferire, dalla tendenziale assimilazione della disciplina del giudizio di impugnazione alla disciplina del giudizio avanti gli organi di giurisdizione ordinaria, la natura della funzione esercitata dal C.N.F..

Ma, trattandosi, appunto di un'assimilazione di carattere tendenziale (e non invece piena ed integrale), è evidente che, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per addivenire a ritenere, a tutt'oggi, giustificata la titolarità e l'esercizio di siffatta funzione

⁽¹⁵⁾ Corte di Cassazione S.U. n. 1030/76.

giurisdizionale, sia necessario, preliminarmente soffermarsi sulla questione della sua conformità ai principi costituzionali.

Invero, soccorre a supporto di una tale indagine, la stessa giurisprudenza costituzionale e di legittimità, con l'attività interpretativa, fin qui compiuta, volta a verificare se la disciplina di svolgimento del giudizio di impugnazione, in particolar modo in relazione alla garanzia di indipendenza di cui all'art. 102 della Costituzione, potesse ritenersi aderente ai dettami costituzionali.

La questione di legittimità costituzionale si è posta in relazione alla formulazione di cui all'art. 22, al II comma, del D.Lgs. 382/44⁽¹⁶⁾, ove prevede che il C.N.F. in sede giurisdizionale possa adottare valide decisioni con l'intervento di almeno un quarto dei suoi componenti, nonché, in relazione alla formulazione di cui all'art. 15, al I comma, della medesima disposizione legislativa⁽¹⁷⁾, ove prevede la possibilità che i componenti il C.N.F., alla scadenza del mandato, possano essere rieletti.

Orbene, entrambe le questioni, sì come volte a verificare la rispondenza al principio di precostituzione del giudice naturale, sancito all'art. 25 della Costituzione, sono state ritenute manifestamente infondate.

Quanto alla formulazione di cui all'art. 22 del D.Lgs. 382/44, si è rilevato⁽¹⁸⁾ come la mancata previsione del plenum, o comunque di un numero fisso di consiglieri, ai fini della validità delle sedute, non si ponga in contrasto con il principio della precostituzione del giudice naturale, in quanto il precetto costituzionale si riferisce alla previsione della competenza dell'organo, impersonalmente considerato, a prescindere dalle modalità tecniche relative alla sua composizione numerica.

Ed a supportare una tale interpretazione dell'art. 24 della Costituzione, è intervenuta la stessa Corte Costituzionale⁽¹⁹⁾, sog-

⁽¹⁶⁾ Corte di Cassazione S.U. n. 127/69, n. 2177/74, n. 1030/76 cit..

⁽¹⁷⁾ Corte di Cassazione S.U. n. 1030/76 cit..

⁽¹⁸⁾ Corte di Cassazione S.U. n. 1030/76 cit..

⁽¹⁹⁾ Corte Costituzionale n. 284/86.

giungendo come la variabilità numerica, comunque la si consideri, non è affatto idonea a pregiudicare l'autonomo esercizio della giurisdizione, rimanendo, in ogni caso, inalterata la libertà di giudizio dei consiglieri che abbiano integrato la formazione del Collegio.

Un tale univoco orientamento interpretativo ha superato, invero, trovando ulteriore adesione, altresì il vaglio del precetto del giusto processo, di cui all'art. 111 della Costituzione, nonché il vaglio della previsione di cui all'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo⁽²⁰⁾.

Sicché, a tutt'oggi, non è dubbia la conformità della previsione di cui all'art. 22, al II comma, del D. Lgs. 382/44, con i principi costituzionali.

Ciò, in considerazione della predeterminazione legislativa tanto del giudice competente a decidere sull'impugnazione della decisione adottata dai Consigli dell'Ordine, in materia disciplinare, quanto della sua variabile composizione numerica.

Stessa sorte invero è stata riservata alla questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla previsione di cui all'art. 15 del medesimo decreto.

La rielegibilità dei componenti del C.N.F. è stata, infatti, ritenuta pienamente aderente al principio di indipendenza del giudice, sancito dall'art. 102 della Costituzione⁽²¹⁾.

Invero, a supporto dell'eccezione di illegittimità, si era obiettato come l'elezione dei componenti il C.N.F. ad opera dei Consigli dell'Ordine, determinasse un rapporto di dipendenza dei primi dal corpo elettorale, unico legittimato all'eventuale rielezione.

Ciò, evidentemente, a detrimento del principio di indipendenza.

Tuttavia, a fugare qualsiasi dubbio sull'inconfigurabilità di peculiari legami o rapporti di dipendenza dei componenti il C.N.F., è bastato evidenziare la sfasatura temporale delle cariche elettive.

⁽²⁰⁾ Corte di Cassazione S.U. 26 maggio 2004 n. 10137.

⁽²¹⁾ Corte di Cassazione S.U. n. 1030/76 cit..

L'elezione dei componenti il Consiglio dell'Ordine ha luogo, infatti, ogni due anni, quella dei Consiglieri Nazionali, invece, ogni tre anni.

Sicché, è evidente che l'eventuale rielezione dei componenti il C.N.F. abbia luogo ad opera di un corpo elettorale di differente composizione.

Ciò a garanzia dell'assoluto rispetto del principio di cui all'art. 102 della Costituzione.

4. Ed allora, così riprendendo le fila del nostro argomentare, la funzione esercitata dal CNF, quale giudice di impugnazione, ha natura giurisdizionale, non soltanto in quanto la disciplina di svolgimento del giudizio è assimilabile a quella avanti gli organi di giurisdizione ordinaria, ma vieppiù, in quanto, è lo stesso Consiglio Nazionale ad assurgere, nell'ordinamento giuridico, quale organo giurisdizionale.

Una giurisdizione speciale, la sua, preesistente alla entrata in vigore della Costituzione, ma, a tutt'oggi, aderente ai suoi principi.

Risolta, pertanto, favorevolmente la questione della conformità dell'attuale permanenza della titolarità della funzione giurisdizionale, in capo al C.N.F., non rimane altro che misurare tale sopravvivenza con l'evoluzione interpretativa che, a tutt'oggi, caratterizza l'Ordine Professionale Forense.

Indubbiamente, il pacifico inquadramento del C.N.F. tra gli organi di giurisdizione speciale, alla stregua dei principi costituzionali, osterebbe, ad una surrettizia abolizione di una siffatta funzione.

E, pertanto, ove si ponga risalto ai parametri (già evidenziati) utilizzati dalla giurisprudenza, non potrà che ritenersi che la disciplina del giudizio di impugnazione, così come ad oggi modulata, ad opera della L.P. e del relativo regolamento, sul sistema processuale penale, è di ostacolo ad una differente configurazione della funzione esercitata dal C.N.F. in materia disciplinare.

La necessaria partecipazione del Pubblico Ministero all'udienza, l'assoluta assimilabilità della decisione, resa dal C.N.F., alla sentenza condizionano come peraltro già si è rilevato la stessa configurazione della funzione esercitata.

Da ciò consegue che è solo a seguito di un intervento legislativo di integrale rielaborazione della disciplina degli organi territoriali dell'Ordine forense, delle funzioni ad essi demandate e, per ultimo, delle modalità di esercizio di queste ultime, che l'attuale scenario potrà subire delle sostanziali innovazioni⁽²²⁾.

⁽²²⁾ La proposta di legge di riforma delle libere professioni (la c.d. Vietti Bis) all'art. 22 nel dettare previsioni sulla funzione disciplinare, al V comma, lascia immutata l'attuale configurazione. La norma dispone, infatti, che *"le previsioni del presente articolo non si applicano all'Ordine degli Avvocati che, in relazione alle problematiche connesse all'esercizio del diritto di difesa dei cittadini, applica la disciplina della propria legge istitutiva"*.

Ed una formula che lascia, anch'essa, presagire il mantenimento dell'attuale titolarità della funzione giurisdizionale, in capo al CNF, e contenuta nel disegno di legge 691 Cavallaro – Federici (sulla Disciplina delle professioni intellettuali) a tutt'oggi all'esame del Parlamento, ove all'art. 21 disciplina le funzioni degli organi nazionali.

In particolare, è previsto che al Consiglio Nazionale spettino i seguenti compiti:

- *garantire il rispetto dei principi della presente legge;*
- *svolgere i compiti ad esso assegnati dalla legge in attuazione di obblighi comunitari;*
- *esercitare funzioni di coordinamento dei coordinamenti regionali e degli ordini locali;*
- *designare i rappresentanti della categoria presso commissioni e organi di carattere nazionale e internazionale;*
- *formulare pareri richiesti dalle pubbliche amministrazioni;*
- *determinare, sulla base di bilanci di previsione, la misura del contributo obbligatorio annuale per lo svolgimento dei compiti previsti dalla Legge che deve essere corrisposto dall'ordine territoriale in ragione del numero degli iscritti agli albi, nonché percepire il contributo medesimo, mediante riscossione diretta ovvero con procedure esattoriali;*
- *adottare i regolamenti ad esso delegati dall'ordinamento di categoria;*
- *ogni altra funzione attribuita dall'ordinamento di categoria per lo svolgimento dei propri compiti"*.

Pertanto, è indubitabile che la mancata espressa indicazione della funzione giurisdizionale facci sì che essa rientri nella previsione di chiusura, avente contenuto residuale.

CAPITOLO QUARTO

IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

SOMMARIO: 1) Le fonti. – 2) La scansione procedimentale ed il principio del giusto procedimento: a) l'iniziativa; b) l'istruttoria; c) il dibattimento; d) la decisione. – 3) I limiti di applicazione della L. 24L'90 sul procedimento amministrativo.

1) *Le fonti*

L'esercizio del potere disciplinare, si è visto, ha quale momento prodromico la potestà di individuazione delle fattispecie lesive della dignità e del decoro degli iscritti all'albo.

Si è visto, altresì, come siffatta potestà abbia trovato, a far data dal 1997, una sua esplicitazione formale nell'elaborazione di un codice deontologico.

Quale sia la natura delle norme deontologiche raccolte nel codice e, altresì, quale funzione esse esplicano ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio di cui sono titolari i Consigli dell'ordine, è argomento quanto mai dibattuto.

E, l'interesse suscitato dal dibattito è ancor più acceso, ove si consideri che la questione dalla quale muovono le suindicate problematiche è quella che afferisce la stessa collocazione delle norme deontologiche nell'ordinamento giuridico.

1) Punto di partenza è, indubbiamente, la valutazione della natura della potestà disciplinare attribuita agli organi dell'ordine forense, alla stregua della previsione di cui all'art. 38 della L.P..

È evidente, infatti, che ove si ritenesse trattarsi dell'esercizio di una funzione amministrativa, la relativa estrinsecazione non potrebbe che assumere le forme tipiche dell'attività amministrativa.

Sicché, l'attività di codificazione e le relative norme deontologiche integrerebbero, l'una, null'altro che attività di mera raccolta di regole endoassociative, le altre, appunto, natura, al più, di atti amministrativi generali⁽¹⁾.

E, infatti, la codificazione non assumerebbe alcun valore ulteriore rispetto a quello delle singole prescrizioni. Trattandosi, invero, di una raccolta assolutamente spontanea.

Ove, invece, si ritenesse di inquadrare la potestà di individuazione delle fattispecie disciplinarmente rilevanti tra le potestà normative (pur, in ogni caso, quale estrinsecazione di un potere di normazione secondaria), non potrebbe che conseguirne la naturale collocazione delle norme deontologiche tra le norme giuridiche.

Ed infatti, la questione dell'individuazione della natura delle norme deontologiche è dibattuta, appunto, tra tali opposte concezioni.

Invero, a chi⁽²⁾ ha ritenuto di assimilare le norme deontologiche, sul piano della forza ed efficacia, alle norme giuridiche, si è invece opposto chi⁽³⁾, muovendo da una ricostruzione privatistica dell'ordine professionale, ha qualificato siffatte norme quali regole in-

⁽¹⁾ In tal senso si veda Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 122/97.

⁽²⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1995, pag. 188. L'inquadramento delle norme deontologiche tra le norme giuridiche è invero diretta conseguenza dell'impostazione dell'Autore relativa alla concezione dell'ordinamento professionale, quale ordinamento giuridico sezionale. Un ordinamento in rapporto di derivazione dall'ordinamento sovrano, ma ad esso complementare quanto all'esercizio dell'intera sfera di competenze attinenti quel determinato settore.

Una siffatta impostazione, come si è già delineato, indurrebbe a considerare l'ordinamento giuridico generale quale summa e composizione di una pluralità di ordinamenti sezionali, afferenti ciascuno un differente settore ordinamentale.

⁽³⁾ A. M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pag. 619.

terne al gruppo professionale e prodotte dallo stesso, in via autonoma.

Ora, muovendo da tali opposte impostazioni, il dibattito che ne è seguito è stato principalmente orientato a ricercare fondamento e giustificazione alle rispettive tesi.

Ad alimentarne, cioè, eventuali supporti argomentativi.

Sicché, assumendo a presupposto la ricostruzione elaborata da Giannini, non è mancato chi⁽⁴⁾ ha ritenuto di rintracciarne una sua coerente ragionevolezza, sostenendo che la qualificazione pubblicistica degli ordini forensi sarebbe intervenuta, appunto, al fine di garantire che l'esercizio del potere disciplinare conservasse quel carattere autoritativo, che, invece non potrebbe sussistere, ove si trattasse di enti di natura eminentemente privata.

Così, come, a sostegno dell'impostazione proposta da Sandulli, altri⁽⁵⁾ hanno evidenziato la matrice spontanea dell'attività di codificazione, per addivenire ad escludere qualsivoglia natura normativa in capo alle regole deontologiche.

A seguire tale argomento, le regole deontologiche sorgono come prodotto spontaneo del gruppo e in base a ciò si autorganizza quell'etica professionale, quelle regole di correttezza professionale che ancor oggi costituiscono la parte sociologicamente fondamentale della normazione professionale.

2) Orbene, a parte il fascino che opposte ricostruzioni possono suscitare, si come idonee a riflettere la perenne tensione evolutiva che anima ciascun istituto giuridico, entrambe mostrano margini irrisolti.

A ritenere, infatti, le norme deontologiche quali norme giuridiche, in quanto (o solo in quanto) si tratterebbe di una forma di esplicitazione di un potere attribuito ad un soggetto pubblico, si

⁽⁴⁾ F. TERESI, *Ordini e collegi professionali (voce)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, 1982, pag. 456.

⁽⁵⁾ P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle) (voce)*, in *E. D.*, XXXVI, pag. 1050.

finirebbe con il disconoscere qualsivoglia capacità di diritto privato in capo ai medesimi soggetti. Così restringendone l'ambito di operatività.

E, d'altronde, osta, ad una siffatta ricostruzione, la mancanza di una espressa attribuzione in capo agli ordini professionali di qualsiasi potere di individuazione normativa delle fattispecie passibili di esercizio del potere disciplinare.

L'art. 38 della L.P., come si è già rilevato ⁽⁶⁾, infatti non contiene alcuna delega a riguardo.

Sicché, dovrebbe teorizzarsi la configurazione di una delega implicita, istituto invero non particolarmente compatibile con gli ordinamenti, qual'è il nostro, a costituzione rigida.

Ed a ciò si aggiunga che, come già evidenziato ⁽⁷⁾, l'inidoneità della codificazione ad esaurire la tipologia delle violazioni di carattere disciplinare ⁽⁸⁾, importerebbe come naturale conseguenza del riconoscimento del codice deontologico quale raccolta di norme giuridiche, l'attribuzione di una pari natura a regole non solo, non ancora scritte, ma suscettibili di variazione in funzione di adeguamento alle fattispecie concrete.

Senza tralasciare, per ultimo, che ove si dovesse convenire per la natura giuridica delle norme deontologiche, o meglio per l'effetto normativo esterno delle stesse, allora non avrebbe alcuna ragione d'essere la previsione di cui all'art. 38, al secondo comma della L.P., ove individua quali esclusivi organi competenti a procedere disciplinarmente, i consigli dell'ordine.

Quando, invece, l'effetto normativo esterno delle regole deontologiche, dovrebbe comportare, al di là della invocabilità da parte dei

⁽⁶⁾ Si vedano, a riguardo, le considerazioni già espresse al capitolo II, III paragrafo, sulla complessità del potere disciplinare.

⁽⁷⁾ Si rinvia alla sentenza della Corte di Cassazione, S.U., n. 8225 del 6 giugno 2002, già menzionata al precedente capitolo.

⁽⁸⁾ A riguardo, peraltro, l'art. 60 del Cdf, quale norma di chiusura, prevede espressamente che *"le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazione dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito dei principi generali espressi"*.

terzi (ciò che peraltro avviene), altresì la loro applicazione da parte degli organi giudiziari dell'ordinamento generale.

E se, così non è, evidentemente ciò risponde ad una coerenza interna alla disciplina ed alla stessa configurazione dell'ordine professionale forense.

Ma, altrettanti margini di dubbio, lascia a ben guardare anche l'opposta impostazione dogmatica, ove muovendo dalla natura eminentemente interna delle regole deontologiche, ne esclude qualsiasi rilevanza giuridica.

Orbene, non è dubbio che si tratti di regole endoassociative (esse hanno quali destinatari, infatti, soltanto gli iscritti agli albi), mentre non può ritenersi altrettanto pacificamente che esse assumano efficacia esclusivamente all'interno dell'ordine professionale. E che, invece, siano inidonee a dispiegare effetti nei confronti dei terzi.

3) Peraltro in linea con tale ricostruzione, soccorre l'orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità, animata, quanto meno negli ultimi 20 anni, a concorrere, in chiave evolutiva, a fornire un inquadramento sistematico per quelle che sono le norme di etica professionale.

Ed all'univocità di un siffatto orientamento si è altresì accompagnata una crescente nitidezza nella configurazione del potere disciplinare.

Già all'inizio degli anni '80 del secolo scorso⁽⁹⁾, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla natura delle norme deontologiche, le qualificava *mere* "norme di comportamento" dettate dai consigli dell'ordine.

Soggiungendo, tuttavia (e con ciò, peraltro dando luogo ad una palese antinomia), che la fonte dell'attività di produzione dei consigli dovesse essere rintracciata nella titolarità di un potere regolamentare, esercitato "nel rispetto della legge e dei principi generali dell'ordinamento, per la migliore tutela del decoro della professione".

⁽⁹⁾ Cassazione, 20 novembre 1982, n. 6249.

Il quadro che, pertanto, veniva a delinearsi mostrava i consigli dell'ordine, titolari di un potere regolamentare e indicava quale forma di estrinsecazione di un tale potere l'adozione di norme di comportamento.

A distanza di un decennio, lo scenario subiva profonde modificazioni; mantenendo inalterata la qualificazione⁽¹⁰⁾, delle regole deontologiche, quali "*iura interna corporis*", quali "*norme interne dell'ordinamento particolare della categoria*"⁽¹¹⁾, tuttavia, la Corte di Cassazione qualificava il potere disciplinare quale "*espressione di autogoverno della professione e di autodisciplina dei comportamenti degli iscritti*"⁽¹²⁾.

Alcuna traccia era invero riscontrabile di quel potere regolamentare, inizialmente paventato.

Ed addirittura, la medesima Corte⁽¹³⁾, chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto da un professionista iscritto all'albo degli ingegneri, ove si lamentava la presunta violazione delle norme deontologiche, assumendo, a motivo di censura, la presunta violazione di legge, rilevava come "*nei giudizi disciplinari, l'individuazione delle regole della deontologia professionale e la loro applicazione nella valutazione degli addebiti, attengono al merito del procedimento e sono insindacabili in sede di legittimità, se congruamente motivate, perché si riferiscono a precetti extragiuridici ovvero a regole interne alla categoria e non già ad attività normativa*".

È allora che la qualificazione delle regole deontologiche, quali precetti extragiuridici trovava coerenza nella qualificazione extranormativa delle attività di codificazione.

Ed un tale orientamento consolidato, nel successivo decennio⁽¹⁴⁾, a tutt'oggi, consente di ritenere ormai pacifico l'inquadramento del potere disciplinare quale potere amministrativo, attri-

⁽¹⁰⁾ Cassazione, S.U., 9 luglio 1991, n. 7543.

⁽¹¹⁾ Cassazione, S.U., 12 dicembre 1995, n. 12723.

⁽¹²⁾ Cassazione, S.U., 12 dicembre 1995, n. 12723.

⁽¹³⁾ Cassazione, S.U., 23 luglio 1993, n. 8239.

⁽¹⁴⁾ Si vedano, a riguardo le sentenze della Cassazione, S.U., 4 ottobre 2000, n. 1053, 6 giugno 2002 n. 8225, sez. III, 10 febbraio 2003 n. 195, S.U., 12 marzo 2004 n. 5164 e 1 aprile 2004 n. 6406).

buito dal legislatore ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'ordine.

Un potere che trova formale estrinsecazione nell'individuazione di precetti extragiuridici funzionali a consentire il rispetto dei canoni di dignità e decoro professionale.

Precetti, quest'ultimi, che trovano fondamento e supporto in *"concetti diffusi e generalmente compresi nella collettività"* ⁽¹⁵⁾.

4) Ed allora, riprendendo le fila del nostro argomentare, se si è ritenuta indiscussa la natura endoassociativa delle norme deontologiche, non può, al contempo escludersi che la loro applicazione sia idonea ad ingenerare effetti di carattere esterno.

Basti pensare alla funzione pubblica che gli ordini professionali concorrono a perseguire, ed altresì alla rilevanza che le decisioni di carattere disciplinare esplicano nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Ed infatti, alla stregua delle previsioni di cui all'art. 1 della L.P., presupposto per l'utilizzazione del titolo di avvocato e per l'esercizio delle relative funzioni è, appunto, l'iscrizione nei relativi albi.

Albo che, come si è detto, adempie ad una funzione di certezza legale.

Ora, ove si consideri che la natura e l'entità delle sanzioni disciplinari irrogabili è tale da incidere proprio sullo stesso presupposto previsto dal legislatore al fine dell'esercizio dell'attività forense, è allora evidente come l'esercizio del potere disciplinare e le relative norme deontologiche siano idonei a dispiegare effetti aventi rilevanza esterna.

A ciò si aggiunga che, al di là degli effetti che l'applicazione delle norme deontologiche è idonea a produrre sugli iscritti, nell'esercizio del potere disciplinare, da parte dei Consigli dell'Ordine, non è altresì da sottacere come le stesse norme deontologiche possano essere utilizzate per valutare la condotta degli iscritti, avanti gli organi giurisdizionali dell'ordinamento generale.

⁽¹⁵⁾ A riguardo, Cassazione, n. 6766/03.

È stato rilevato⁽¹⁶⁾, infatti, come l'efficacia delle regole deontologiche invocate dai terzi, possa essere di ausilio al giudice adito per valutare la correttezza e la buona fede (ex artt. 1175 e 1375 c.c.) della condotta assunta dall'iscritto ed altresì per valutarne la diligenza nell'adempimento.

Rilievo, corretto, ove però si rammenti che l'utilizzazione delle norme deontologiche non possa assumere altra funzione che quella di mero supporto extragiuridico, non invece di precetto normativo. Non godendo, appunto di una tale caratterizzazione.

Allora, a questo punto, ove si volesse tentare di definire, sul piano sistematico, la natura delle norme deontologiche forensi si potrebbe muovere dalla definizione della giurisprudenza di legittimità "*iura interna corporis*" per rilevare come si tratti di norme aventi rilevanza giuridica interna⁽¹⁷⁾ all'ordine professionale, ma di per sé potenzialmente idonea a dispiegare un effetto giuridico esterno, senza peraltro con ciò elevarsi a normazione generale⁽¹⁸⁾.

Muovendo da tale premessa, non rimane, per concludere, che soffermarsi sulla rilevanza e l'eshaustività delle regole deontologiche, in sede di esercizio del potere disciplinare.

O meglio, sul ruolo che la codificazione apprestata nel 1997, ad oggi, svolge nell'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti e nella conseguente irrogazione di sanzioni.

Orbene, alla ricerca delle fonti del procedimento disciplinare, ci si imbatte in primo luogo nella legge sull'ordinamento professio-

⁽¹⁶⁾ G. ALPA, *Le regole deontologiche*, in *E.C. e dir. Terziario*, 1994, n. 2, pag. 910.

⁽¹⁷⁾ Che si tratti di norme giuridiche, o meglio di regole idonee ad incidere autoritativamente sugli iscritti, non è infatti mai stato oggetto di discussione. Piuttosto, l'intero dibattito si è svolto attorno ad un differente tema, ossia alla natura normativa o meno di siffatte regole ed alla configurazione del potere di codificazione.

⁽¹⁸⁾ A riguardo, il Consiglio di Stato, con la sentenza della IV sez., del 17 febbraio 1997 n. 122, ha ben rilevato come "*le regole deontologiche ... costituiscono norme extragiuridiche o interne alla categoria e non invece norme dell'ordinamento generale... ciò è coerente con quelle autorevoli dottrine secondo cui le fonti extragiuridiche non si trasformano di regola in fonti dell'ordinamento generale*".

nale, nell'art. 12, in particolare, e nel successivo art. 38, quindi un mero supporto di carattere esemplificativo potrà essere rintracciato nel codice deontologico.

E del perché si tratti soltanto di un mero supporto trova adeguata risposta nelle sue stesse previsioni⁽¹⁹⁾, oltre che nella intrinseca natura dei precetti deontologici.

Quali regole rilevabili dalla coscienza sociale e dall'etica professionale, nelle differenti fasi storiche.

Esplicazioni di principi generali, prive di natura innovativa⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ In tal senso l'art. 60, citato alla nota 8.

⁽²⁰⁾ A riguardo, si veda Cassazione, S.U., 18 dicembre 2001, n. 15980.

Invero le attuali formulazioni della Vietti bis, e del DDL 669 introducono radicali innovazioni anche in sede di disciplina delle potestà degli ordini professionali.

All'inquadramento di tali ordini, tra gli enti pubblici non economici, segue infatti l'attribuzione in capo agli stessi di una potestà organizzativa (invero, in linea con il passato), e quella di una potestà regolamentare (questa, sì, assolutamente innovativa per l'ordine forense).

Sicché, è nell'esercizio di un potere regolamentare che l'ordine professionale forense verrebbe a disciplinare, tra l'altro, la tenuta e la gestione dell'Albo, le regole di deontologia professionale, il procedimento disciplinare.

Tutto ciò che, ad oggi, rientra, invece, nella sfera di esplicazione della potestà organizzativa di cui sono titolari, gli organi territoriali locali.

Orbene, ove siffatte previsioni trovassero definitiva approvazione, sarebbe, a quel punto, necessario un generale ripensamento della natura dei canoni deontologici e della stessa ratio sottesa alla loro applicazione.

La consacrata natura normativa (seppur quale esplicazione di un potere di normazione secondaria) delle regole di deontologia professionale, a quel punto, importerebbe il superamento delle ragioni d'essere di siffatte previsioni.

E ciò quanto meno per due ordini di considerazioni.

1) In primo luogo, in quanto la nozione di deontologia è per ciò stessa nozione composita ed il "*dover essere*" dei canoni nei quali trova esplicazione formale è altro dal precetto in cui si sostanziano le norme giuridiche.

Ora, il riconoscimento della natura giuridica delle regole deontologiche (o meglio di quei canoni ad oggi codificati) finirebbe con lo snaturare l'intrinseca natura, determinando la loro autonoma emersione nell'alveo dei precetti giuridici.

Insomma, la qualificazione di una norma, quale norma giuridica non è operazione di carattere formale.

Ciò che il legislatore, in sede ancora progettuale, sta elaborando è, a guardar bene, il superamento della regola deontologica e con essa del potere di vigilanza degli ordini professionali sulle modalità disciplinari.

2) *La scansione procedimentale ed il principio del giusto procedimento*

L'esercizio della potestà disciplinare, da parte degli organi locali

L'ordine professionale, infatti, attraverso l'individuazione di canoni di comportamento esigibili in capo agli iscritti si autoregolamenta.

Si dà cioè una regolamentazione interna.

E di ciò ne è prova il limitato ruolo del terzo, il quale, ove titolare di una situazione di interesse all'osservanza delle regole deontologiche d parte del professionista, può, al più, sollecitare (con la proposizione di un esposto) l'avvio di un procedimento disciplinare.

Rimanendo, tuttavia, estraneo. Non integrando, dunque, la nozione di parte.

Evidentemente in quanto l'esigibilità della correttezza della condotta dell'iscritto (o meglio della sua conformità alle regole deontologiche) è prerogativa esclusiva dell'ordine professionale.

Ma, ove le medesime regole deontologiche dovessero assurgere a norme giuridiche, configurandosi quale esplicazione di un potere regolamentare riconosciuto in capo ai consiglio dell'Ordine, allora la loro osservanza non soltanto sarebbe pacificamente invocabile dai terzi, ma la relativa domanda ricadrebbe nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria.

Una volta che – alla stregua della previsione di cui all'art. 16 del DDL 669 – il codice deontologico fosse adottato con decreto del Ministero di Giustizia, allora, la sua mancata osservanza sarebbe azionabile, al pari delle violazioni di qualsivoglia previsione normativa, avanti l'autorità giurisdizionale.

Con seri problemi di sopravvivenza della potestà disciplinare dei Consigli dell'Ordine.

I quali dovrebbero limitarsi a prendere atto dell'accertamento dei fatti compiuti dal giudice civile, al fine esclusivo di individuare la sanzione eventualmente applicabile.

Sicché, la complessa articolazione della potestà disciplinare, verrebbe ad essere svilita in una mera potestà sanzionatoria.

Ecco che, per riprendere la fila del nostro argomentare, l'eventuale configurazione delle regole deontologiche nell'alveo delle norme giuridiche, finirebbe con l'incidere sulla stessa capacità di autoregolamentazione tipica dell'Ordine forense.

Se non fosse, che l'art. 24 ter del DDL 669 individua quali obblighi del professionista *“rispettare la legge ed il codice deontologico”* ed altresì *“comportarsi in modo conforme alla dignità ed al decoro professionale”*.

Quasi che le regole deontologiche fossero altro dai canoni di dignità e di decoro.

Ora, al di là dell'evidente contraddittorietà espositiva del legislatore, non può esimersi dal rilevare una altrettanto palese contraddittorietà concettuale.

Ed infatti, delle due l'una: o si ritiene di attribuire natura normativa alle regole deontologiche, sì come codificate, a far data dal 1997, in un codice, quali canoni

dell'Ordine forense, trova esplicazione nelle forme del procedimento amministrativo.

D'altronde, è la natura amministrativa del potere, a connotarne, caratterizzandolo, il suo esercizio⁽²¹⁾.

comportamentali funzionali a garantire il rispetto del principio di dignità e di decoro, o invece si mantiene l'attuale distinzione concettuale.

Ma non può pretendersi al contempo di far assurgere le regole deontologiche a norme giuridiche e poi prevedere un'autonoma categoria di canoni comportamentali (quali sono le attuali regole deontologiche codificate).

Non è chiaro infatti se – stante il DDL 669 – il legislatore abbia inteso svuotare la capacità di autoregolamentazione dell'Ordine forense, prevedendo esogene forme di controllo delle condotte degli iscritti, o se invece abbia in mente una sorta di duplicazione di potestà.

Alla vigilanza sulla condotta degli iscritti da parte dei singoli Consigli dell'Ordine, si accompagnerebbe la loro ordinaria soggezione agli accertamenti dell'autorità professionale.

Ma, anche in tali ipotesi, verrebbe ad essere inficiata l'attuale connotazione della potestà disciplinare.

E, poi, comunque rimarrebbe da chiarire cosa debba intendersi per “*codice deontologico*” se non i canoni di dignità e decoro professionale.

Quando, invece, il codice di deontologia degli avvocati europei dedica apposito paragrafo alla “*natura delle regole deontologiche*”.

E prevede che “Le regole deontologiche sono destinate a garantire, attraverso la loro libera accettazione, la corretta esecuzione da parte dell'avvocato della sua missione riconosciuta come indispensabile al buon funzionamento di ogni società umana. L'inosservanza di queste regole da parte dell'avvocato determinerà in ultima istanza una sanzione disciplinare. Ciascun ordine forense ha le proprie regole specifiche dovute alle proprie tradizioni. Esse sono adattate all'organizzazione e al campo di attività della professione nello Stato-membro considerato, così come alle procedure giudiziarie e amministrative e alla legislazione nazionale. Non è possibile né augurabile sradicarle dal proprio contesto né tentare di generalizzare regole che non possono esserlo. Le regole particolari di ciascun ordine forense si riferiscono tuttavia agli stessi valori e rivelano spesso una base comune”.

Sicché a fronte del disorientamento del legislatore nazionale, le regole deontologiche trovano pieno riconoscimento nella Comunità Europea.

⁽²¹⁾ È univoco, a riguardo, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, nel ritenere che le funzioni esercitate in materia disciplinare dai consigli dell'ordine degli avvocati, al pari del relativo procedimento, abbiano natura amministrativa (a riguardo, si vedano, per ultimo, le sentenze delle S.U. del 23 gennaio 2004 n. 1229, nonché del 1 aprile 2004 n. 6406).

Convieni, peraltro, su tale impostazione, anche la giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense (si vedano, in tal senso, le sentenze dell'8 novembre 2001, n. 227; 20 febbraio 2003, n. 2; 12 giugno 2003, n. 148, nonché il parere n. 16 reso il 1 febbraio 1995).

Dunque, un procedimento amministrativo.

A volerne rintracciare la disciplina, è necessario scorrere le previsioni del titolo IV, della legge sull'ordinamento professionale (intitolato, appunto, "*della disciplina degli avvocati*") ed il capo II del titolo II, del regolamento di attuazione (*intitolato "dei procedimenti disciplinari in confronto degli iscritti negli albi"*).

La lettura di tali previsioni induce, prima facie, ad elaborare la configurazione di un procedimento bifasico.

Ove, alla fase istruttoria, segue la successiva fase dibattimentale, che ha quale momento conclusivo l'adozione della decisione.

Ed infatti, l'esile disciplina del procedimento disciplinare non appare di per sé foriera di peculiari problematiche.

Se non fosse che, ad insospettire circa la sostanziale complessità dell'iter procedimentale, soccorra una più attenta lettura delle medesime norme.

L'art. 47 del regolamento di attuazione, infatti, nel disciplinare l'avvio del procedimento, sottende l'avvenuto espletamento di una fase di delibazione sommaria sulla pur generica, sussistenza dei presupposti per l'esperimento del giudizio, della quale non v'è traccia espressa in alcuna delle norme di disciplina del procedimento.

L'art. 38, al III comma, della L.P., individua i soggetti titolari all'iniziativa disciplinare, ma presuppone anch'esso il positivo vaglio degli elementi idonei ad integrare una fattispecie disciplinarmente rilevante.

Ed allora, è evidente come la fase di avvio del giudizio disciplinare (si come disciplinata ai citati artt. 38 della L.P. e 47 del reg.) sia

forense, in riferimento alle disposizioni costituzionali (artt. 24 e 111 Cost.) e convenzionali (art. 6 convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentale) che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo, trattandosi di questione sollevata sul presupposto della natura giurisdizionale del relativo procedimento e accampano la violazione dei principi che connotano la giurisdizione (Cassazione, S.U., 23 gennaio 2004 n. 1229).

Sull'inammissibilità delle questioni sollevate in relazione alle singole norme del giudizio disciplinare, si dirà oltre, in sede di trattazione delle rispettive fasi procedurali.

necessariamente preceduta da una fase prodromica alla formulazione dell'incolpazione.

Una fase caratterizzata dalla valutazione della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione disciplinare che va dalla ponderazione della fondatezza dell'esposto, ove si proceda su iniziativa di terzi, all'accertamento della palese violazione delle norme deontologiche, ove si proceda, invece, d'ufficio.

E tale fase, pur configurandosi quale estranea al procedimento⁽²⁴⁾ è invero ad esso propedeutica e funzionale.

Ora, siffatte considerazioni se non inducono a ripensare sull'esattività di quella prospettata articolazione bifasica del procedimento, quantomeno convincono della complessità dell'attività posta in essere dai Consigli dell'Ordine, nell'esercizio della potestà disciplinare.

Attività che, evidentemente, non si esaurisce nell'ambito del procedimento.

Ove, infatti, ci trovassimo in presenza di una potestà giurisdizionale, allora, la distinzione operata tra attività propedeutica al procedimento, ed attività endoprocedimentale, troverebbe allocazione nella partizione dell'attività procedimentale e di quella processuale.

Nel processo penale, infatti, l'esercizio dell'azione è momento di confine tra il procedimento (giunto, a quel punto, ad esaurimento) ed il processo (che, con la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione diretta dell'incolpato, prende avvio).

Ma, in quanto esercizio di una potestà amministrativa l'attività disciplinare non conosce alcuna estrinsecazione di tipo giudiziale, sicché la distinzione proponibile è tra attività esoprocedimentale ed attività endoprocedimentale.

E tale distinzione, come sarà esposto oltre, non ha valore meramente descrittivo; essa, infatti, è funzionale ad individuare sul piano temporale, quale sia il momento di esternalizzazione dell'attività di-

⁽²⁴⁾ L'art. 47 del regolamento di attuazione pone a carico dei "segretario del sindacato e del presidente del direttorio" l'obbligo di dare immediata comunicazione dell'avvio del procedimento. Sicché, quanto meno sul piano formale, l'attività compiuta dal Consiglio dell'Ordine, nell'esercizio della potestà disciplinare, anteriore a tale comunicazione, esula dalla scansione procedimentale, è attività estranea al procedimento.

sciplinare, ciò al fine di garantirne la partecipazione dell'incolpato, secondo le regole del contraddittorio.

Ma, veniamo, a questo punto, alla scansione dell'iter del procedimento disciplinare.

Muovendo dalle previsioni normative (la legge sull'ordinamento professionale ed il regolamento di attuazione), il procedimento, dopo aver preso avvio (alla stregua della previsione di cui al III comma dell'art. 38), vive una fase istruttoria (alla stregua della previsione di cui all'art. 47, al II del R.D. 37/34), quindi una successiva, fase dibattimentale (ex art. 50 del regolamento) e si conclude con la decisione (in tal senso il successivo art. 51).

a) *L'iniziativa*

L'art. 38 della L.P., al III comma, rimette l'iniziativa dell'avvio del procedimento in capo a due propulsori.

L'uno di carattere interno (tale è l'iniziativa d'ufficio), l'altro di carattere esterno (tale è la richiesta del pubblico ministero presso la corte d'appello o il tribunale, nonché il ricorso dell'interessato).

Ciò, peraltro, in linea con qualsivoglia procedimento amministrativo, ove l'iniziativa può essere autonoma (ad impulso interno) o eteronoma (ad impulso esterno).

Ma, al di là di tale puntualizzazione, la questione che maggiormente rileva, nell'esame della disposizione, è da rintracciare nel significato (o meglio nell'interpretazione del significato) da attribuire all'espressione "*interessato*".

Si tratta, cioè, di soffermarsi, nel tentativo di individuare, chi, nella volontà del legislatore debba ritenersi abilitato a sollecitare la promozione del procedimento, attraverso la proposizione di una istanza.

Suggerisce, a riguardo, un autore attento a siffatte problematiche⁽²⁵⁾, che l'uso dello stesso termine, in altre disposizioni del medesimo ordinamento, debba far ritenere che "*interessato*" sia soltanto l'avvocato sottoposto al procedimento, ossia l'incolpato.

⁽²⁵⁾ R. DANOVÌ, *op. cit.*, pag. 52.

E tale considerazione, l'autore trae dalla formulazione dell'art. 47 del regolamento, ove è previsto l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento nei confronti, appunto, dell'interessato, oltre che del pubblico ministero.

Invero, a seguire una tale impostazione, dovrebbe ritenersi che il legislatore abbia previsto (con una disposizione che, peraltro, non trova eguali nell'ordinamento), addirittura tipizzandolo, l'ipotesi di autodenuncia dell'iscritto.

Sicché, ciascuno degli iscritti, conscio di aver infranto le regole deontologiche, o, invece, al fine di fugare qualsivoglia dubbio sull'assoluta correttezza del proprio comportamento, promuoverebbe, presentando un apposito ricorso, l'avvio di un procedimento disciplinare, a suo carico.

Ora, sarebbe da chiedersi, quale "*interesse*" l'iscritto può rivendicare ad una tale iniziativa e, con un approccio più incline al pragmatismo, quante volte sia capitato ai consigli dell'ordine di imbattersi in ricorsi di tal genere.

Il termine "*interessato*", utilizzato dal legislatore, all'art. 38, al III comma della L.P., va inteso, piuttosto, quale titolare di una posizione di interesse, con riferimento cioè ad una posizione giuridica sostanziale, alla quale l'ordinamento generale accorda una peculiare forma di tutela.

D'altronde, anche l'elencazione, a mio modo di vedere esemplificativo⁽²⁶⁾, delle fonti di avvio del procedimento, milita verso una tale interpretazione.

Il legislatore, infatti, dopo aver previsto, l'impulso d'ufficio, ha elencato in modo esemplificativo le ipotesi di impulso esterno, ossia la richiesta del pubblico ministero ed il ricorso dell'interessato.

Ove interessato, non può essere l'iscritto incolpato, in quanto,

⁽²⁶⁾ L'individuazione delle modalità di avvio del procedimento disciplinare ha avuto luogo, a mio avviso, con una tecnica legislativa di mera elencazione degli atti propulsori. Un'elencazione che non può ritenersi tassativa, ove si consideri, a titolo esemplificativo, che l'avvio del procedimento talvolta ha avuto luogo a seguito di ricezione, da parte del Consiglio dell'Ordine, di un esposto presentato da altro iscritto, imbattutosi in comportamenti contrari alle regole deontologiche, da parte di un collega.

tra l'altro, al tempo dell'iniziativa del procedimento non è ancora individuabile un soggetto incolpato.

L'incolpazione, infatti, trova formulazione nell'atto di citazione (ex art. 47 al penultimo comma) atto che sarà successivo alla fase di istruzione sommaria, conseguente alla comunicazione di avvio del procedimento.

Né, peraltro, a sostegno della tesi proposta da Danovi, può convincere l'identità della terminologia utilizzata dal legislatore all'art. 38 al III comma della L.P. ed all'art. 47, al primo comma del relativo regolamento.

Si tratta, infatti, di previsioni cronologicamente differenziate (l'una è stata adottata a distanza di un anno dall'altra) ed attinenti a fasi differenti del procedimento.

Invocare, come ha fatto l'autore il criterio di interpretazione formale, non varrebbe a consentire alla previsione di cui all'art. 38 di dispiegare alcuna peculiare rilevanza.

Quando invece, attribuendo al termine "*interessato*" un significato sostanziale, relativo cioè alla titolarità di una precipua posizione di interesse giuridico, la norma troverebbe giusta collocazione nella disciplina di un ordinamento professionale che ha una particolare funzione pubblica, concorre cioè all'erogazione di un servizio pubblico.

E vive, peraltro, dei riflessi che le prestazioni professionali degli iscritti sono idonei a produrre nei confronti dei terzi, nelle relative sfere giuridiche.

D'altronde è, ad oggi, univoco l'orientamento della giurisprudenza nel ritenere sussistente in capo ai terzi (ai soggetti cioè estranei al procedimento disciplinare) una posizione di interesse suscettibile di tutela giuridica.

Tant'è che trovano accoglimento le istanze di accesso agli atti del procedimento⁽²⁷⁾, proprio in quanto dalla comparata valutazione delle differenti situazioni giuridiche, si è ritenuto che l'interesse

⁽²⁷⁾ Si vedano i pareri del Consiglio Nazionale Forense n. 95 del 24 settembre 1999, n. 103 del 26 settembre 1999 e n. 23 dell'11 luglio 2001.

alla riservatezza receda quando l'accesso sia esercitato per la tutela di un interesse giuridico⁽²⁸⁾.

E, a nulla vale la mancata conclusione del procedimento o la circostanza che, gli atti oggetto di richiesta non abbiano ancora avuto una esternalizzazione, visto che il diritto di accesso è strumento essenziale per la partecipazione al procedimento, e ciò a prescindere dalla sua avvenuta conclusione.

Tuttavia, al di là della preferibilità accordata ad un'interpretazione dell'art. 38, al III comma della L.P., che vede, tra i propulsori dell'avvio del procedimento, anche i terzi, eventualmente lesi dal comportamento dell'iscritto, la questione, a ben guardare, non produce effetti rilevanti nella disciplina dell'esercizio della potestà disciplinare.

La natura esemplificativa delle ipotesi di impulso del procedimento, infatti, non impedisce né all'iscritto di autodenunciarsi, né al terzo di presentare un esposto.

Ed entrambi, gli atti di impulso impongono al Consiglio dell'Ordine l'apprestamento dei medesimi incumbenti.

Trattandosi, infatti, in entrambe le ipotesi di mere sollecitazioni all'avvio del procedimento disciplinare la cui iniziativa è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del consiglio⁽²⁹⁾.

Discrezionalità che, invero, viene meno in un'unica ipotesi, quella disciplinata, appunto, all'art. 44 della L.P.⁽³⁰⁾, ove è previsto che l'avvocato sottoposto a procedimento penale è, per ciò stesso, sottoposto a procedimento disciplinare per il medesimo fatto che ha formato oggetto di imputazione.

⁽²⁸⁾ Si veda Consiglio di Stato (Adunanza plenaria) 4 febbraio 1997 n. 5, Sez. IV, 18 maggio 1998 n. 840, sez. IV, 30 luglio 2002 n. 4078, TAR Campania, 18 dicembre 2002 n. 8127, Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2003 n. 5113.

⁽²⁹⁾ Correttamente, DANOVÌ, *op. cit.*, pag. 53, rileva come al di là del tenore letterale della formulazione di cui all'art. 38 al III comma della L.P., la norma debba essere intesa in coerenza con i principi di autonomia e discrezionalità che sorreggono la disciplina del procedimento disciplinare. Saggiungendo, altresì, a suo dire, che la mancata iniziativa disciplinare non integrerebbe, in ogni caso, gli estremi del delitto di omissione d'atto d'ufficio.

⁽³⁰⁾ La norma ha trovato una sua proiezione anche nell'art. 51 del CdF.

Così prevedendo un'ipotesi di automatismo nell'avvio del procedimento disciplinare, ciò pur sull'assunto della sua assoluta autonomia.

Ed infatti, l'eventuale illiceità dei comportamenti, oggetto del sindacato del giudice penale, deve essere valutata solo in relazione alla loro idoneità a ledere la dignità ed il decoro professionale, a nulla rilevando che i suddetti comportamenti siano o meno idonei ad integrare anche illeciti civili e/o penali⁽³¹⁾.

Fin qui sull'iniziativa procedimentale.

b) L'istruttoria

Dell'avvio del procedimento deve darsi immediata comunicazione all'interessato ed al pubblico ministero.

Così dispone l'art. 47 del regolamento di attuazione della legge professionale, per poi soggiungere che *"lo stesso presidente, o un componente del direttivo da lui delegato, raccoglie quindi le opportune informazioni ed i documenti che reputa necessari ai fini del procedimento, nonché le deduzioni che gli pervengono dall'incolpato e dal pubblico ministero, stabilisce quali testimoni siano utili per l'accertamento dei fatti e provvede ad ogni altra indagine"*.

Quindi – conclude la norma – espletata tale attività, si procede alla citazione dell'incolpato.

Ora, è evidente che una tale previsione consente di configurare una fase istruttoria, di non immediata collocazione sistematica.

Intanto, dal tenore letterale della formulazione normativa, dovrebbe ritenersi ormai pacifico l'avvio del procedimento e dunque

⁽³¹⁾ Si veda per ultimo in tal senso, Cassazione S.U. 4 ottobre 2000 n. 1053, 23 luglio 2001 n. 10014 ed altresì Consiglio Nazionale Forense, 24 dicembre 2002 n. 213, 30 maggio 2003 n. 125, 16 giugno 2003 n. 153. È univoca la giurisprudenza di legittimità e quella del Consiglio Nazionale Forense nel ritenere che le ragioni ed i principi che presiedono al procedimento disciplinare hanno natura diversa rispetto a quelli che attengono al governo dei diritti soggettivi. Essi riguardando la condotta del professionista quale delineata attraverso l'elaborazione del codice deontologico forense e quale risultante dal dovere di correttezza e lealtà che deve informare il comportamento di ciascun iscritto.

il conseguente inquadramento dell'attività istruttoria nell'ambito dell'iter di svolgimento del giudizio.

Ci si trova di fronte, pertanto, ad una fase istruttoria endoprocedimentale⁽³²⁾, prodromica alla citazione dell'incolpato.

E dunque funzionale all'individuazione (ed alla relativa verifica) degli elementi (documentali e non) idonei a supportare l'avvenuta violazione delle regole deontologiche.

Ossia l'avvenuta verifica di una condotta dell'iscritto contraria ai principi di dignità e decoro professionale.

Una fase, "*aperta alla partecipazione dell'iscritto*", il quale può produrre proprie deduzioni ed indicare i mezzi di prova che ritenga utile a dimostrare la correttezza del comportamento assunto.

A riguardo, infatti, la norma non contiene alcuna peculiare limitazione di carattere probatorio; né in capo all'incolpato, né, tanto meno, in capo al titolare dell'istruttoria (il presidente o un suo delegato), il quale, può svolgere qualsiasi indagine ("*provvede ad ogni altra indagine*").

Ma, al di là della sua qualificazione formale – quale fase endoprocedimentale istruttoria "*aperta*" – v'è da chiedersi quale funzione essa adempia. O meglio, quale sia la sua collocazione in sede di esercizio della potestà deliberativa di cui al successivo art. 51.

L'attività di raccolta di informazioni e documenti, nonché l'individuazione dei mezzi di prova necessari per l'accertamento dei fatti, è vincolante, o quanto meno decisiva ai fini del decidere?

Da qui, appunto, come accennato, la problematicità del suo inquadramento sistematico.

Ora, non può prescindere da una prima lineare considerazione.

L'attività istruttoria svolta, ai sensi dell'art. 47, è prerogativa del

⁽³²⁾ Ciò a fronte, come si è visto, di un'attività istruttoria di deliberazione sommaria della sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento, che pur essendo propedeutica e funzionale al medesimo procedimento, è ad esso assolutamente estranea.

presidente del Consiglio, o di un suo delegato, dunque di un organo monocratico.

Essa, non ha, quale funzione, quella di rilevazione e raccolta delle "prove", quanto, invece quella di raccolta degli elementi reputati utili ai fini dell'accertamento del fatto.

Tale attività, pertanto, non trova, quale momento conclusivo la prospettazione (per quanto generica e sommaria) di un'ipotesi di responsabilità disciplinare, quanto, invece la mera esposizione (rappresentativa) delle contestazioni svolte, in sede di esercizio dell'iniziativa procedimentale. E cioè in sede di avvio del procedimento.

E che l'attività istruttoria svolta in via monocratica non abbia che una funzione di mera catalogazione degli elementi fin lì emersi, è ipotesi che trova conferma nelle previsioni del successivo art. 48.

La norma, infatti, nel fornire una tassativa elencazione degli elementi contenutistici della citazione, al di là degli aspetti meramente formali (generalità dell'incolpato, luogo, data ed ora della comparizione, termine per deduzioni e sottoscrizione del presidente), prevede "*la menzione circostanziata degli addebiti*" e "*l'elenco dei testimoni che saranno presentati in giudizio*".

Non vi è, pertanto, alcuna traccia di attività di accertamento e verifica delle contestazioni.

E, peraltro, nella prassi, la scarsa strutturazione degli atti di citazione, ne è ulteriore conferma.

Allora, riprendendo le fila del nostro argomentare, al quesito che ci si era posti sull'incidenza dell'attività istruttoria svolta, in via monocratica, nell'ambito dell'esercizio del potere disciplinare, non può darsi una risposta univoca.

È evidente, infatti, che la rilevanza dell'istruttoria in sede di deliberazione e di comminazione dell'eventuale sanzione disciplinare, dipenda da elementi assolutamente contingenti. E comunque non si tratta di un'attività determinante ai fini del decidere.

Tuttavia, la stessa formulazione letterale delle norme contenute nel capo II, del titolo II del R.D. 37/34, induce ad elaborare, sul piano sistematico, una distinzione.

Induce, cioè, a distinguere, nell'ambito dell'attività istruttoria, tipica del procedimento disciplinare, due distinte fasi, l'una di natu-

ra sommaria e di carattere monocratico, l'altra, invece, caratterizzata dalla regola del contraddittorio ed avente carattere collegiale.

Ed ancora, la prima – quella che trova disciplina nell'art. 47 del R.D. 37/34 – di carattere pre-dibattimentale, la seconda, invece (stante le previsioni di cui agli artt. 49 e 50) di carattere dibattimentale.

Entrambe, assolutamente e naturalmente interdipendenti.

Sicché, a voler soffermarsi sull'attività istruttoria dei consigli dell'ordine, occorre rintracciarne la differente caratterizzazione che essa assume, nella fase di avvio del procedimento ed in quella, successiva, di carattere dibattimentale.

Dunque un'attività composita, per un verso prodromica al dibattimento, che ha quale momento conclusivo la deliberazione di archiviazione o quella di rinvio a giudizio, con la successiva citazione dell'incolpato.

Per altro, inerente lo stesso dibattimento, ed in tal caso, l'attività istruttoria ha, quale momento conclusivo la deliberazione del Consiglio con la quale ha luogo la conclusione del procedimento.

Alla stregua di una tale prospettazione, rimane da chiedersi che rilevanza assuma la verifica sommaria compiuta, in sede di istruttoria prodibattimentale, ai fini dell'eventuale deliberazione di archiviazione del procedimento.

Deve, evidentemente, trattarsi di fattispecie caratterizzate da una palese insussistenza dei presupposti necessari a configurare un'ipotesi di responsabilità disciplinare.

Tuttavia, tali rilievi devono emergere a seguito della comunicazione di avvio del procedimento, devono cioè trovare collocazione nelle deduzioni dell'interessato e nell'attività di raccolta delle informazioni, compiute da parte del presidente del consiglio.

Altrimenti, ove, invece, si trattasse di elementi già in possesso del Consiglio dell'ordine, non troverebbe ragione l'iniziativa procedimentale.

Potendo, invero, il Consiglio ritenere l'insussistenza di qualsiasi elemento necessario per procedere nei confronti dell'iscritto, già nell'irrituale fase di delibazione sommaria.

Ciò, in ossequio al principio di economicità dell'attività amministrativa, al quale, esso soggiace.

c) Il dibattimento

Le fonti di disciplina della fase dibattimentale del procedimento disciplinare – che è peraltro la fase determinante dell'intero giudizio – vanno rintracciate negli artt. 49 e 50 del R.D. 37/34.

Non essendo, invece, contenuta alcuna previsione, a riguardo, nella legge sull'ordinamento professionale.

Orbene, l'art. 49 si limita a disciplinare taluni adempimenti di tipo formale riguardanti le modalità di citazione dei testimoni ed il successivo art. 50 disciplina, con una tecnica legislativa del tutto lineare, le sequenze della seduta dibattimentale, prevedendo l'ordine di intervento delle parti.

All'esposizione del relatore, segue l'interrogatorio dell'incolpato, quindi l'esame dei testimoni, eventualmente, l'intervento del difensore e, per ultimo, ove lo richieda, può essere risentito il medesimo incolpato.

Una tale disciplina, invero, al di là della sua apparente problematicità, induce, invece, a riflettere sulla natura dell'intero procedimento.

Si è già avuto modo di evidenziare come la fase istruttoria, nei giudizi disciplinari avanti i Consigli dell'Ordine, abbia una configurazione bipartita: ciò nel senso che essa trova articolazione in due differenti fasi procedimentali, quella predibattimentale e, successivamente, quella dibattimentale.

Ove, l'intera disciplina della fase dibattimentale è incentrata sulle modalità di raccolta dei mezzi istruttori, ed in particolare sull'acquisizione delle prove testimoniali.

E ciò consente di rilevare, già ad una prima analisi, come l'intero dibattimento ruoti attorno all'attività istruttoria, ma, ancor più incisivamente, come essa caratterizzi lo stesso procedimento.

La rilevanza attribuita, infatti, alle prove testimoniali e la oralità di quel mezzo probatorio, finiscono con il permeare le stesse modalità di esercizio della potestà disciplinare.

L'attenzione apprestata dal legislatore, nell'individuazione dei mezzi istruttori ammissibili nel procedimento, alle testimonianze, non è elemento influente ai fini delle configurazioni della natura del dibattimento e di quella dello stesso procedimento.

Né, peraltro, può ritenersi che la formulazione di cui all'art. 49 del R.D. 37/34 sia da attribuire ad una svista, tant'è che il medesimo legislatore, all'art. 48 della legge sull'ordinamento professionale, si era curato di precisare che "*per l'istruttoria... il direttorio del sindacato ha facoltà di sentire testimoni*".

E, per quanto non sia chiaro, se una tale facoltà attenga, nella *voluntas legi*, all'istruttoria predibattimentale o a quella successiva, tuttavia un dato è evidente: la rilevanza della prova testimoniale.

O meglio, la caratterizzazione di un'istruttoria permeata sul carattere dell'oralità.

Ma, allora, all'oralità dell'istruttoria non può che conseguire – vista la sua determinante incidenza, nella fase dibattimentale – la configurazione dell'oralità dell'intero procedimento.

Ed ad una tale teorizzazione soccorre, altresì, un'ulteriore circostanza.

Qualora, infatti, nel corso del dibattimento, abbia luogo l'emersione di elementi idonei a supportare un nuovo ed ulteriore addebito, in tal caso, è sufficiente procedere ad una contestazione formale nei confronti dell'incolpato, a prescindere da qualsiasi adempimento di carattere documentale⁽³³⁾.

Ed il diritto di difesa, si ritiene tutelato, consentendo il mero rinvio dell'udienza dibattimentale.

d) La decisione

A conclusione della fase dibattimentale, al termine della discussione, il consiglio dell'ordine adotta la decisione.

In tal senso dispone l'art. 51 al primo comma del R.D. 37/34.

La decisione rappresenta, pertanto, il momento conclusivo del procedimento disciplinare, o meglio, a seguire l'impostazione dogmatica dei teorici del procedimento amministrativo⁽³⁴⁾, il luogo di

⁽³³⁾ In tal senso, univocamente Consiglio Nazionale Forense 1 luglio 1974 e, per ultimo, 11 aprile 2003, n. 53.

⁽³⁴⁾ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959.

esternalizzazione dell'attività, al quale l'articolata sequenza degli atti era teleologicamente tesa.

Sì che, è nella decisione che si manifesta la determinazione dell'amministrazione ed in essa trovano assorbimento le attività fin lì compiute.

Dunque, un provvedimento amministrativo.

D'altronde, muovendo dall'inquadramento della potestà disciplinare dei consigli dell'ordine, quale esercizio di una potestà amministrativa, considerata altresì la natura amministrativa del relativo procedimento, non poteva che conseguire un tale risultato.

Tuttavia, a fronte di una tale coerenza sistematica, la natura giuridica delle decisioni adottate a conclusione del procedimento disciplinare, è questione non scevra di aspetti problematici.

Ed infatti, essa non trova, a livello interpretativo un'immediata soluzione.

Ove, si presti attenzione al regime di impugnazione delle decisioni dei consigli dell'ordine infatti, non può che conseguire quanto meno qualche dubbio sulla relativa natura provvedimentale.

La previsione di una competenza esclusiva in capo al Consiglio Nazionale Forense, in materia, ha rappresentato indubbiamente un ostacolo ad un tale approccio dogmatico.

E infatti, soltanto a seguito dell'inquadramento del Consiglio Nazionale Forense⁽³⁵⁾, quale organo speciale di giurisdizione, si è stati indotti a ritenere, ormai quasi pacificamente, che, la disciplina delle impugnazioni non sia idonea ad incidere sulla natura della decisione adottata dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati.

Ad un tale convincimento ha contribuito la giurisprudenza di legittimità⁽³⁶⁾: la funzione disciplinare di cui sono titolari i Consigli dell'Ordine è manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'ordine sicché, per quanto i consigli operino con la garanzia di un procedimento, ciò non vale ad attribuire ad esso qualsivoglia connotato giurisdizionale.

⁽³⁵⁾ Di ciò si è detto al II paragrafo del terzo capitolo, al quale si rinvia.

⁽³⁶⁾ Cassazione, S.U., 10688/02 cit..

Ed una tale argomentazione è ancor più convincente, ove la medesima giurisprudenza, ha soggiunto che anche l'attività amministrativa si svolge (di regola) attraverso un procedimento, e, nel caso di specie, esso è diretto, da un lato a consentire all'interessato idonee garanzie di difesa e, dall'altro, a verificare il rispetto degli interessi pubblici che nel procedimento medesimo pur sono implicati.

D'altronde, l'inquadramento delle decisioni assunte dai COA, all'esito del procedimento disciplinare, nel novero dei provvedimenti amministrativi, può sostenersi, altresì, in forza di un argomento di carattere analogico.

La giurisprudenza amministrativa⁽³⁷⁾, ha, infatti, recentemente rilevato la sussistenza della propria giurisdizione in materia di impugnazione dell'atto con il quale il COA ha rifiutato di iscrivere un avvocato nell'apposito elenco per il patrocinio a spese dello Stato, alla stregua delle previsioni contenute nel DPR 115/2002.

Ciò, sostenendo che si tratti di una controversia estranea alla cognizione del CNF, in quanto non è possibile ipotizzare una riserva di competenza per tale Consiglio, mancando una indicazione normativa a riguardo e vigendo, in carenza di una previsione di giurisdizione generale per ogni questione relativa ad albi e/o ad elenchi professionali, il principio della tassatività degli atti impugnabili avanti a sè.

Peraltro la medesima connotazione amministrativa della mancata iscrizione nell'elenco di cui al DPR 30 maggio 2002 n. 115, viene altresì riconosciuta per il provvedimento di cancellazione dall'albo, ai sensi dell'art. 37 R.D.L. 1578/33⁽³⁸⁾.

E, tale pieno riconoscimento della natura amministrativa delle attività provvedimentali del COA trova un ulteriore corollario in quell'orientamento interpretativo che ha riconosciuto la piena giurisdizione del giudice amministrativo in materia di violazione del diritto di accesso, ex art. 25 L. 241/90.

Sollecitato a pronunciarsi sul diniego di accesso agli atti del procedimento disciplinare avviato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvo-

⁽³⁷⁾ TAR Abruzzo, Pescara, 9 gennaio 2003 n. 166.

⁽³⁸⁾ In tal senso, Cassazione, S.U. 26 giugno 2003 n. 10162.

cati, il TAR Lazio⁽³⁹⁾ ha infatti riconosciuto la sussistenza della propria giurisdizione esclusiva, rilevando, appunto, che pur trattandosi di atti che attengono alla sfera disciplinare di un Consiglio dell'Ordine, l'art. 38 dell'R.D.L. 1578/33 non consente di desumere la sussistenza di altra giurisdizione.

Ciò in quanto, è riservata agli organi esponentziali dell'ordinamento professionale l'impugnazione degli atti disciplinari e non la materia dell'accesso.

E non sussiste alcuna previsione normativa idonea a sottrarre tale materia dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Pertanto, non può non convenirsi sul fatto che l'attività amministrativa posta in essere dai Consigli dell'Ordine sia sottratta al sindacato giurisdizionale del TAR, solo ove esista un'espressa riserva a riguardo, mentre, altrimenti essa soggiace, al pari di qualsiasi provvedimento amministrativo, alla cognizione del G.A..

E che si tratti di attività amministrativa, a questo punto, è fuori di dubbio, ove si consideri, altresì, l'applicabilità alle decisioni del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati degli istituti di diritto amministrativo⁽⁴⁰⁾.

Ora, una tale caratterizzazione potrebbe, come già anticipato, indurre ad ipotizzare, sul piano giurisdizionale, la configurazione di una giurisdizione generale di legittimità in capo al giudice amministrativo per tutti quegli atti adottati dal COA, la cui impugnazione non sia espressamente devoluta, alla stregua della legge sull'ordinamento professionale forense, in capo al CNF.

Ma una tale bipartita giurisdizione, importerebbe, indubbiamente una riflessione sulla natura del sindacato giurisdizionale operato dal CNF.

Ed infatti, se il criterio discretivo nella individuazione dell'organo giurisdizionale è quello letterale (nel senso che sono devolute alla

⁽³⁹⁾ TAR Lazio, Sez. III, 3 aprile 2002, n. 2720.

⁽⁴⁰⁾ È orientamento univoco del Consiglio Nazionale Forense il ritenere configurabile la revoca della decisione già adottata dai Consigli dell'Ordine, a seguito della emersione di nuovi elementi, estranei alla precedente istruttoria (Consiglio Nazionale Forense 11 dicembre 1997, 15 dicembre 2000 n. 280, 13 febbraio 2001 n. 473, 29 novembre 2001 n. 256, 18 dicembre 2001 n. 299).

giurisdizione del CNF solo le materie espressamente menzionate dal legislatore), allora, evidentemente dovrebbe postularsi una assimilazione, quanto meno, nella natura e nei caratteri del sindacato giurisdizionale operato dai due differenti giudici.

Ma, osta ad una tale assimilazione la natura di giudice speciale attribuita al Consiglio Nazionale Forense, un organo con funzioni giurisdizionali che si colloca al di fuori dell'ordinario sistema giurisdizionale.

È ben vero, infatti, che la disciplina dell'esercizio della funzione giurisdizionale avanti il CNF, per quanto non espressamente previsto nei decreti del 1933 e 1934, trovi la sua fonte (di rinvio) nel codice di procedura civile.

Ma ciò non è sufficiente a indurci a ritenere che si tratti di una giurisdizione in alcun modo assimilabile a quella ordinaria.

Il riferimento, o meglio, il rinvio residuale alle norme processualcivilistiche, d'altronde, è contenuto anche nel regolamento di disciplina dei giudizi avanti il Consiglio di Stato (R.D. 642/04), ma ciò non è mai stato inteso quale elemento idoneo ad ipotizzare la pur minima ambigua caratterizzazione del processo amministrativo.

La completezza della disciplina del processo civile, si come evoluta nel corso dell'evoluzione storica dei modelli processuali, ha infatti indotto il legislatore a rinviare ad essa ogni qualvolta si è trovato, e questo è il caso del processo amministrativo, a disciplinare sistemi processuali di più recente emersione.

Senza, peraltro, intendere in tal modo svilire o inficiare la natura ed i caratteri della funzione giurisdizionale.

È per questo che il riferimento residuale alle norme del c.p.c. non può ritenersi elemento idoneo ad assimilare l'esercizio della funzione giurisdizionale del CNF all'esercizio della giurisdizione ordinaria.

Con la conseguente assimilazione dei caratteri e della natura del sindacato del giudice amministrativo.

Si può pertanto pacificamente sostenere la natura amministrativa della decisione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, senza spingersi oltre, per dedurne qualsivoglia conseguente regola sul piano della sua impugnazione. Stante, ad oggi, l'anomalia di un sistema

caratterizzato dalla permanenza di organi titolari di funzioni giurisdizionali, connotate da specialità.

3) *I limiti di applicazione della L. 241/90 sul procedimento amministrativo*

La questione dell'applicazione della legge sul procedimento amministrativo, al procedimento disciplinare di competenza dei Consigli dell'Ordine è questione assai delicata e complessa.

La delicatezza nasce dalla constatazione della discrasia temporale che caratterizza le fonti normative: da un lato, infatti, si pone una legge del 1990, la n. 241, appunto, che tipizzando la segmentazione dell'iter di formazione del provvedimento amministrativo, costituisce una *lex generalis* sul procedimento, dall'altro, invece, si pongono gli artt. 38 – 51 del R.D.L. 1578 del 27 novembre 1933 nonché gli artt. 47 – 68 del R.D. n. 37 del 22 gennaio 1934 di precipua disciplina del procedimento disciplinare al quale sono soggetti gli iscritti ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati.

Ed una tale discrasia non è certamente di ausilio nella teorizzazione di un'automatica applicazione della legge sul procedimento amministrativo al procedimento disciplinare.

Quanto meno in relazione ai problemi di necessario adeguamento che si pongono in sede di applicazione di una disciplina normativa risalente agli anni '30.

La complessità della questione consegue, invece, alla sistematica configurazione dei COA, all'interno dell'ordinamento giuridico.

Ed infatti la questione della applicazione della legge sul procedimento amministrativo nei confronti di soggetti che, al pari dei Consigli dell'Ordine partecipano dei caratteri delle figure di diritto amministrativo, e comunque concorrono ad integrare la nozione oggettiva di pubblica amministrazione, non può trovare una soluzione univoca.

L'interpretazione estensiva degli istituti del giusto procedimento, infatti, pone innanzitutto una questione di compatibilità, o quantomeno di adattamento della disciplina contenuta nella *lex generalis*,

elaborata sul finire del XX secolo, con la struttura dell'ordine professionale forense ed i suoi organi, ad essa preesistenti.

Una compatibilità di carattere eminentemente teorico visto che alla natura amministrativa del procedimento disciplinare ed alla conseguente pari natura della decisione assunta dal Consiglio dell'Ordine, non consegue necessariamente l'applicazione degli istituti della partecipazione procedimentale, della trasparenza, del contraddittorio.

Ed allora, la questione dell'applicazione della legge sul giusto procedimento presta interesse ove intesa ad individuare i limiti che l'estensione interpretativa eventualmente incontra.

È da tali limiti che, infatti, potranno trarsi ulteriori elementi di caratterizzazione della potestà disciplinare.

a) Una questione di carattere preliminare, invero, si pone in relazione alla configurazione della fase anteriore alla citazione dell'incolpato.

Alla fase, cioè prodromica alla formulazione dell'incolpazione.

Si è già rilevato come l'attività compiuta in tale fase non possa essere ricondotta nell'alveo del procedimento, trattandosi di una fase eventualmente pre-procedimentale.

In ciò, peraltro, supportati dal tenore letterale della formulazione di cui all'art. 47 del R.D. 37/34 che cristallizza l'avvio del procedimento in un momento successivo alla comunicazione obbligatoriamente fattane all'interessato.

Orbene, tale fase prodromica all'avvio del procedimento, non partecipa, a mio avviso, dei caratteri di quest'ultimo. E ciò, quanto meno, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto si tratta di una fase di delibazione sommaria, sicché l'estensione delle regole di giusto procedimento, finirebbe con svalutarne la natura, peraltro appesantendo ingiustificatamente l'esercizio della potestà disciplinare.

In secondo luogo, in quanto, ove si ragionasse in termini opposti, si addiverrebbe a configurare un'istruttoria preprocedimentale, di sapore, essa sì inquisitorio.

Visto che, la delibazione sommaria non ha, invece, altre funzioni che di evitare, in forza di un principio di economicità nell'esercizio

dell'attività amministrativa, un inutile dispendio di energie, sostanziandosi in una veloce e generica valutazione della sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento.

Dunque, un'attività di esclusiva prerogativa dell'ufficio, priva di rilevanza esterna.

Sicché, ad essa, a mio avviso, non si applicano le garanzie del giusto procedimento ⁽⁴¹⁾.

Fin qui sulla fase preliminare all'avvio del procedimento.

Si tratterà, a questo punto di valutare l'applicazione ed i relativi limiti, della disciplina della L. 241/90 al vero e proprio procedimento disciplinare.

Ed a tal fine, si procederà muovendo dalla tecnica legislativa utilizzata per la redazione della L. 241/90, ossia vagliando l'applicazione dei singoli capi della legge sul giusto procedimento, al procedimento disciplinare.

* * *

b) Orbene, muoviamo dai principi generali.

Alcun problema applicativo, si pone in relazione all'estensione al procedimento disciplinare della disciplina di cui alla L. 241/90, quanto ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3.

In particolare, in relazione all'applicazione dei principi di economicità, efficacia e pubblicità del procedimento (art. 1) ⁽⁴²⁾, altresì in

⁽⁴¹⁾ Soccorre, peraltro, la giurisprudenza di legittimità (Cassazione Civile, Sez. III, 13 gennaio 2002 n. 743) ove ha evidenziato che *"in tema di procedimento disciplinare a carico di professionisti, la contestazione dell'addebito costituisce idonea comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/90, non essendo ipotizzabile una comunicazione antecedente, anteriore o contestuale all'inizio dell'attività ispettiva, svolta dall'ordine professionale, perché ciò vanificherebbe la facoltà, spettante ex lege agli ordini professionali, di vigilare sul rispetto, nel comportamento, dei propri iscritti, dei doveri inerenti la professione"*.

⁽⁴²⁾ Invero, se l'applicazione del principio di economicità ed efficacia dell'attività disciplinare è riscontrabile, scorrendo le previsioni contenute nella legge sull'ordinamento professionale, e nel relativo regolamento, ove scandiscono la sequenza dell'iter procedimentale di esternalizzazione della potestà di cui sono titolari i

relazione all'obbligo di conclusione del procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso (art.2)⁽⁺³⁾, per ultimo in relazione all'obbligo dei COA di supportare le decisioni di carattere disciplinare con adeguata motivazione⁽⁺⁴⁾.

consigli dell'ordine, non altrettanto facilmente ciò avviene per il principio di pubblicità. O meglio, in una materia sì fortemente caratterizzata dall'esigenza di tutela della riservatezza, la trasparenza dell'attività amministrativa trova un necessario temperamento nella ponderazione dei contrapposti interessi giuridici.

L'interesse, appunto, a che le vicende attinenti la propria sfera professionale non abbiano divulgazione – ed in tal senso, peraltro, è orientata la struttura del procedimento, ove l'iniziativa è comunicata esclusivamente all'interessato ed al P.M., ed il dibattimento non è pubblico – e, per contro, l'interesse a che i soggetti eventualmente interessati godano di adeguata informazione.

È da rilevare peraltro che l'espresso richiamo, all'art. 1 della L. 241/90, introdotto con L. 15/05, ai principi dell'ordinamento comunitario, non è idoneo ad apportare alcuna significativa innovazione nell'esercizio del potere disciplinare dei Consigli dell'Ordine, invero già impegnati a garantire l'adeguamento delle modalità di esercizio dell'attività professionale degli iscritti, ai principi di diritto comunitario.

Né peraltro, incisiva rilevanza assume la previsione di cui all'art. 1 ter, ove sancisce in capo ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative l'apprestamento delle garanzie idonee ad assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza.

Si tratta, infatti, di una previsione di mera formalizzazione di un obbligo già sussistente, in capo ai Consigli dell'Ordine.

E ciò, in considerazione della progressiva estensione degli obblighi gravanti in capo allo Stato-amministrazione anche ai suoi organi indiretti e comunque a qualsivoglia soggetto pur privato, esercente pubbliche funzioni.

Se non fosse che, una siffatta previsione, attesti l'evoluzione fin qui compiuta, sul piano dogmatico, prima ancora che giurisprudenziale circa la complessità delle figure soggettive di diritto amministrativo.

Ed, infatti, per quanto il legislatore abbia inteso prevedere per i soggetti privati esercenti attività amministrativa, un'espressione più sfumata ("*assicurano*") invero, non muta l'entità e la forza impositiva dell'obbligo di osservanza dei principi generali che devono necessariamente presiedere all'esercizio del potere amministrativo.

⁽⁺³⁾ Un siffatto adempimento è invero garantito dalla stessa disciplina del procedimento disciplinare, ove all'art. 51 del R.D. 37/34 è previsto che al termine della discussione, abbia luogo la deliberazione conclusiva, ossia la decisione.

⁽⁺⁴⁾ L'obbligo di motivazione, tipico di qualsivoglia provvedimento amministrativo, grava sulla decisione deliberata dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati, prima ancora che in forza di un principio di carattere generale, alla stregua della previsione di cui all'art. 51 del R.D. 37/34, ove si prevede quale elemento indefet-

* * *

c) Veniamo al capo II, cioè alla disciplina in materia del responsabile del procedimento.

Il procedimento disciplinare in quanto procedimento amministrativo, deve prevedere la figura del responsabile, che, non deve necessariamente coincidere con la figura del consigliere relatore⁽⁴⁵⁾.

La responsabilità della regolarità del procedimento è infatti attività diversa dalla funzione propria di qualsivoglia componente l'organo collegiale.

Essa attiene all'adempimento delle garanzie procedurali apprestate dal legislatore e non può essere attribuita al titolare del potere decisionale.

Il responsabile del procedimento potrebbe pertanto individuarsi nella figura del segretario del COA, responsabile del regolare andamento dell'iter procedimentale fino al deposito della sentenza.

* * *

d) Il capo III della L. 241/90, il capo cioè che disciplina la partecipazione procedimentale, pone una pluralità di questioni interpretative.

Invero, il procedimento avanti il COA gode di previsioni espresse funzionali a garantire la partecipazione dell'interessato (o meglio dell'iscritto nei cui confronti è stato avviato il procedimento) tanto nella fase di istruzione sommaria, antecedente all'atto di citazione, quanto nella fase successiva alla citazione, nel corso dell'istruzione collegiale.

tibile l'esposizione dei fatti e l'indicazione dei motivi che ne costituiscono fondamento.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 47 del R.D. 37/34, al II comma, attribuisce al Presidente del Consiglio o, ad un suo delegato, il compimento di attività istruttoria. Una tale previsione, a mio avviso, è esclusivamente volta a disciplinare il compimento di quell'istruttoria sommaria, che ha carattere monocratico. Sicché, non assumerebbe alcun rilievo ai fini dell'identificazione della figura del responsabile del procedimento, che non può infatti identificarsi in alcuno dei componenti il Collegio.

A riguardo, infatti, l'art. 47 dell'R.D. 37/34 (così reiterando la previsione dell'art. 45 dell'R.D. 1578/33) prevede che l'interessato svolga le proprie deduzioni intorno ai fatti oggetto di contestazione, ancor prima della notificazione dell'atto di citazione.

Il successivo art. 48 prevede che la citazione contenga un termine per la visione degli atti del procedimento e per la produzione di eventuali deduzioni, così consentendo l'elaborazione di memorie difensive, e per ultimo, l'art. 50 prevede la personale audizione dell'incolpato⁽⁴⁶⁾.

Pur tuttavia, tali previsioni, nel mentre garantiscono pienamente la partecipazione procedimentale dell'iscritto, dando luogo ad una sorta di "*procedimento aperto*" alle istanze del destinatario della eventuale sanzione, non apprestano alcuno strumento di garanzia partecipativa ed informativa in capo ad altri soggetti eventualmente interessati al procedimento.

È il caso dell'esponente, ad esempio, ove il procedimento disciplinare sia stato avviato ad istanza di un terzo (si tratti di un assistito o dell'autorità giudiziaria)⁽⁴⁷⁾.

Orbene, la rigorosa applicazione della L. 241/90 (in particolare all'art. 7) indurrebbe a ritenere l'obbligatoria partecipazione (quanto meno ai fini della comunicazione delle iniziative assunte dal COA) degli esponenti, quali soggetti interessati al procedimento.

Quali titolari, cioè, di una posizione giuridica di interesse nei cui confronti il procedimento disciplinare è comunque destinato a dispiegare i suoi effetti.

⁽⁴⁶⁾ Si veda Consiglio Nazionale Forense 24 giugno 1999 n. 79, ove si è rilevato che per i principi generali in tema di procedimento amministrativo e per il combinato disposto dagli artt. 24, 31, 37, 43 e 45 del R.D.L. 1578/33 "*è necessario che l'interessato venga sentito prima di ogni provvedimento o procedura che possano essere per lui negativi o lesivi*".

⁽⁴⁷⁾ Invero, l'art. 47, al II comma del R.D. 37/34, ove disciplina l'istruttoria predibattimentale, consente al titolare di un siffatto potere di raccogliere informazioni e documenti, individuare i testimoni rilevanti ai fini dell'accertamento del fatto, nonché per ultimo lo legittima a svolgere "*ogni altra indagine*". Ed una siffatta previsione lascia ampi margini interpretativi in ordine all'eventuale coinvolgimento dell'esponente, il quale, potrebbe, ad esempio offrire testimonianza o indicare altri elementi utili ai fini del procedimento.

Tale questione non ha trovato a tutt'oggi alcuna soluzione di carattere interpretativo.

A differenza dell'iscritto, sottoposto al procedimento, il terzo esponente non gode di alcuna prerogativa di carattere partecipativo: non è previsto alcun onere di comunicazione dell'avvio della fase di istruzione sommaria, altresì alcuna comunicazione gli viene fornita in relazione alla notificazione dell'atto di citazione e del successivo deposito della decisione.

Tale mancata comunicazione incide sensibilmente sulla sostanziale partecipazione del terzo, il quale non ha facoltà di svolgere alcuna deduzione scritta, né di impugnare la decisione del COA (essendo a riguardo riservata tale prerogativa, alla stregua della previsione di cui all'art. 50 dell'R.D.L. n. 1578/33, in capo all'interessato ed al Pubblico Ministero presso il Tribunale).

Questi può offrire la propria partecipazione al procedimento esclusivamente in qualità di testimone, qualità rimessa ad una richiesta dell'interessato e, comunque, alla convocazione da parte del COA.

Ciò vuol dire che il soggetto che ha promosso l'avvio del procedimento con il deposito dell'esposto non è successivamente notiziato dell'esito dello stesso e delle eventuali decisioni assunte dal COA.

Ed una tale situazione potrebbe indurci a riflettere addirittura sulla ratio sottesa alla titolarità del potere disciplinare rimesso in capo ai Consigli dell'Ordine.

Rimettendone in discussione i riflessi di carattere pubblicistico.

Ove, infatti, si convenisse per l'estraneità del soggetto esponente, si finirebbe con il ritenere che l'esercizio della potestà disciplinare assuma esclusivamente la configurazione di attività finalizzata a garantire il rispetto delle regole deontologiche all'interno dell'ordine professionale non invece a disciplinare i suoi riflessi nei confronti dell'ordinamento giuridico generale.

Quando, invece, è evidente che il legislatore, riconoscendo in capo al terzo la facoltà di promuovere, con un esposto, l'avvio del procedimento disciplinare, ha positivamente risolto la questione della rilevanza della osservanza delle regole deontologiche nei confronti dei terzi.

Allora, è del tutto evidente come la mancata partecipazione del-

l'esponente al procedimento disciplinare e la mancata comunicazione della decisione del COA, confliggano con i principi tipizzati dal legislatore al capo III della L. 241/90.

Il procedimento disciplinare, sì, come disciplinato, non garantisce, a riguardo il principio del contraddittorio.

Non è un procedimento aperto.

Sicché, dovrebbe, a questo punto, riflettersi sugli effetti di un'eventuale estensione ad esso delle previsioni contenute nella L. 241/90.

E cioè, sulla giuridica configurabilità di un rapporto di prevalenza della disciplina generale sul procedimento, ad un procedimento settoriale, retto da regole anteriori e confliggenti con i principi ispiratori della *lex generalis*.

* * *

e) Rimane da soffermarsi sulla applicabilità al procedimento disciplinare della disciplina di cui capo V della L. 241/90 in materia cioè di esercizio del diritto di accesso.

Una tale questione importa un duplice ordine di considerazioni: è da valutare, in primo luogo, l'applicabilità della disciplina suindicata nei confronti dell'iscritto all'Ordine professionale, sottoposto al procedimento disciplinare; in secondo luogo sarà da valutare se e con quali limiti è consentito l'esercizio del diritto di accesso agli atti, o comunque, all'attività disciplinare, in capo al terzo interessato.

1) Orbene, riguardo alla prima questione, il CNF tanto in sede di esercizio della funzione consultiva⁽⁴⁸⁾, quanto in sede di esercizio della funzione giurisdizionale, ha riconosciuto la pacifica applicabilità dei precetti di cui al capo V della L. 7 agosto 1990 n. 241 in capo all'iscritto sottoposto al procedimento disciplinare avanti il COA.

Così riconoscendo l'applicabilità dell'art. 22 della L. 241/90 agli

⁽⁴⁸⁾ Si veda in particolare il parere reso dal Consiglio Nazionale Forense n. 78 del maggio 1999.

atti del COA in capo ai soggetti sottoposti al procedimento disciplinare (in tal senso parere CNF n. 78 del maggio 1999).

Ed altresì garantendo agli iscritti la piena conoscenza di eventuali iniziative prodromiche all'esercizio del potere disciplinare.

2) Quanto alla seconda questione, essa ha già interessato il CNF, anzi ne ha addirittura determinato una evoluzione interpretativa.

Nella prima fase di applicazione della L. 241/90, il CNF con parere n. 16, reso nel febbraio 1995 ^(*) aveva escluso addirittura il rilascio, in capo all'autore dell'esposto, di una copia della decisione assunta a conclusione del procedimento disciplinare.

Rilevando come *“il procedimento disciplinare e la conclusiva decisione riguardano la dignità ed il decoro personale del professionista. Di qui la necessità di preservare detti valori, tutti afferenti alla personalità del medesimo. L'unica eccezione prevista dalla legge professionale concerne le decisioni esecutive che comportano la sospensione o la perdita dello ius postulandi”*.

Ma successivamente (con i pareri resi il 24 settembre 1999 ed il 26 novembre 1999 rispettivamente ai n. 95 – 103), il medesimo Consiglio ha invece mutato orientamento obiettando che *“l'accesso ai documenti consiliari al terzo che ne faccia motivata richiesta è consentito solo come enunciato dal Consiglio di Stato (C.d.S. ad. plen. 2/95) ove sussista un comprovato e specifico interesse personale e concreto (escludendosi il diritto nell'ipotesi che tali interessi abbiano natura meramente economica) per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti, sempre però nel rispetto del diritto alla riservatezza per i casi in cui la di-*

(*) Invero, il Consiglio Nazionale Forense, alla stregua della previsione di cui all'art. 8 del D.P.R. 352/92 (ove consentiva ai soggetti amministrativi di emanare regolamenti per la disciplina dei casi di esclusione dell'accesso), ha approvato nel 1993, uno schema tipo di regolamento per i Consigli dell'Ordine nel quale era previsto che *“salvo quanto disposto dall'art. 22 della L. 241/90, l'accesso è escluso, ai sensi del II e IV comma dell'art. 24 della stessa legge e dell'art. 8, al V comma lett. c) del DPR 332/92, per tutti gli atti dei procedimenti disciplinari anche per le fasi preliminari (per i quali, l'accesso, mediante l'esame dei documenti e l'estrazione di copie, è consentito solo all'incolpato o al pubblico ministero)”*.

vulgazione concerna documenti che riguardano la vita privata o professionale di persone fisiche”.

Sicché, ad una originaria preclusione del terzo a qualsivoglia accesso agli atti consiliari, è seguita una apertura a tutt’oggi destinata a trovare una soluzione alla stregua del criterio della “*valutazione caso per caso*”.

Ciò evidentemente in maggior aderenza con la previsione di cui all’art. 24 della L. 241/90 ove limita tassativamente le ipotesi di diniego dell’accesso.

Risconoscendo, invece, al diritto d’accesso, la configurazione di un diritto di carattere generale, chiara proiezione del principio di trasparenza al quale deve ispirarsi l’esercizio dell’attività amministrativa.

Peraltro, a tutt’oggi, i rilievi problematici che hanno caratterizzato la questione dell’accesso agli atti del procedimento, in capo ai terzi esponenti, già parzialmente risolta dalla stessa giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense ha trovato una definizione nell’attuale formulazione di cui all’art. 22 della L. 241/90 (si come innovata dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15).

La norma, infatti, al primo comma lett. b), nel fornire la definizione dei soggetti “*interessati*” all’accesso, indica tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano “*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso*”.

Ed in tale nozione potrebbero rientrare i terzi esponenti, ove risultassero titolari di una situazione di interesse diretto concreto e attuale strettamente collegata agli atti del procedimento disciplinare.

Che si tratti di una situazione di interesse diretto ed attuale è infatti quasi incontestabile, trattandosi di una situazione giuridica assolutamente interdependente e connessa agli atti del procedimento.

Più problematico è invece il requisito della concretezza.

Ed infatti anche ove si realizzasse la piena conoscenza in capo al terzo degli atti del procedimento disciplinare, ciò sarebbe quasi influente ai fini dell’apprestamento di una tutela giurisdizionale della sua posizione giuridica.

Il terzo che si ritiene leso dal comportamento dell’iscritto all’Or-

dine forense, si come non conforme alle prescrizioni deontologiche, potrebbe infatti promuovere un'azione giurisdizionale, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni, solo ove dimostri che la violazione delle regole di condotta sia idonea di per sé ad integrare anche la violazione dei precetti civilistici che presiedono all'adempimento delle obbligazioni di mezzi.

Ed alcun vantaggio concreto, peraltro, il terzo potrà conseguire all'esito del procedimento disciplinare.

Senza dimenticare che, peraltro, ove l'autorità giudiziaria ritenga che gli atti del procedimento disciplinare possano assumere una qualsiasi rilevanza, ai fini della soluzione della controversia pendente, su istanze di parte, può ordinarne la produzione.

Sicché è evidente che l'eventuale diniego di accesso opposto dal Consiglio dell'Ordine non sia idoneo di per sé ad incidere sulla tutela delle posizioni giuridiche del terzo.

A meno che non si convenga nel ritenere che la ratio sottesa all'istituto dell'accesso debba essere rintracciata nell'esigenza di consentire un generico controllo esterno sull'esercizio dell'attività amministrativa, in questo caso, compiuta dai Consigli dell'Ordine.

Ma è lo stesso legislatore ad escludere espressamente una tale eventualità, ove innovando l'art. 24 della L. 241/90 (con la L. 15/05), ha previsto, al III comma, l'inammissibilità di istanze di accesso preordinate ad un controllo generico dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

E, allora, è evidente che la valutazione della natura ed entità dell'interesse sottostante all'istanza di accesso debba trovare soluzione solo attraverso la regola del "*caso per caso*".

Al di là di facili apriorismi.

* * *

f) Questione, di maggior rilievo problematico, è invece rintracciabile nella disciplina introdotta dal legislatore, al capo IV bis, intitolato "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*".

In particolare, ai nostri fini, induce a riflettere la formulazione di cui agli artt. 21 septies e 21 octies, ove trovano disciplina gli istituti civilistici afferenti la patologia dei negozi giuridici.

L'art. 21 septies disciplina la nullità del provvedimento amministrativo.

La norma successiva, invece, la sua annullabilità.

Ora, al di là delle questioni che l'introduzione della disciplina dei vizi del contratto può importare nell'ambito della sfera di esercizio dell'attività amministrativa, ciò che rileva ai nostri fini, sono gli effetti che una tale previsione sia idonea a produrre sui provvedimenti adottati dai Consigli dell'Ordine.

Ossia sulle decisioni emesse all'esito di ciascun procedimento disciplinare.

Orbene, alla stregua delle previsioni introdotte al capo IV bis, la nullità del provvedimento amministrativo discende dalla mancanza degli elementi essenziali, da un difetto assoluto di attribuzione, dall'essere stato adottato in violazione o elusione del giudicato.

E, in tale ultima ipotesi, la questione della nullità è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sicché, verrebbe indubbiamente a configurarsi un'ulteriore ipotesi di giurisdizione amministrativa, anche a detrimento della funzione giurisdizionale fin qui svolta dal Consiglio Nazionale Forense.

Ma, la rilevanza delle previsioni contenute nella L. 241/90 è ancor più incisiva ove si disciplina l'istituto dell'annullamento.

L'annullabilità del provvedimento amministrativo alla stregua della formulazione di cui all'art. 21 – octies – discende dalla configurazione dei tre vizi sintomatici nei quali si estrinseca la patologia dell'attività amministrativa.

E fin qui nulla di nuovo.

Se non che, la medesima norma, al secondo comma, esclude l'annullabilità di qualsivoglia provvedimento amministrativo adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, allorché per la sua natura vincolata *“sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Ed una tale previsione è reiterata per l'ipotesi di mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Ora, ove si rifletta sugli effetti di una siffatta previsione, non può non ritenersi come essa sia destinata ad incidere sensibilmente sul regime delle impugnazioni delle decisioni adottate dai Consigli dell'Ordine.

A meno che non si ritenga di poter sostenere che la disciplina processuale dei medesimi istituti di diritto amministrativo soggiaccia a differenti regole, nei differenti settori dell'ordinamento giuridico.

Ma se così fosse, evidentemente, si porrebbe un preliminare problema interpretativo circa la necessità e la rilevanza di una *lex generalis* (qual'è la L. 241/90) sul procedimento amministrativo.

Quando, le categorie giuridiche che in essa trovano disciplina, non assumono alcuna caratterizzazione generale.

Allora, a valutare l'incidenza delle previsioni di cui all'art. 21 *octies* sul regime di impugnazione della decisione del Consiglio dell'Ordine, non può che conseguirne quanto meno la sensazione di una sostanziale modificazione.

Alla quale si accompagna inevitabilmente una variazione della stessa disciplina dell'iter procedimentale di formazione della decisione.

È indubitabile, infatti, che la degradazione delle forme di estrinsecazione della patologia dell'attività amministrativa incida sulla modalità di esercizio della stessa attività.

Escludere, come ha fatto il legislatore all'art. 21 *octies*, dal novero delle manifestazioni del vizio sintomatico della "*violazione di legge*", la violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, importa quanto meno due ordini di considerazioni.

Ed infatti, per un verso, può ritenersi, a questo punto definito quel percorso evolutivo che ha individuato, nell'ambito della categoria della violazione di legge, una distinzione tra illegittimità e mera irregolarità⁽⁵⁰⁾.

Ove l'indice di discriminazione è da rintracciare nella natura della norma della quale si lamenta la violazione.

⁽⁵⁰⁾ Si veda a riguardo Cassazione Civile Sez. I 27 gennaio 2004 n. 1401; Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2003 n. 8465; Sez. III 2 dicembre 2003 n. 560; sez. IV 13 settembre 2001 n. 4791.

A seconda, cioè, che si tratti di una norma di disciplina sostanziale della fattispecie, o invece di una norma finalizzata a disciplinare le modalità di estrinsecazione procedimentale dell'attività amministrativa.

Sicché, nella prima ipotesi, la violazione incide sulla legittimità dell'attività provvedimento, nella seconda sembrerebbe assolutamente ininfluenza.

Per altro verso, invece può, con altrettanta determinazione, sostenersi che la *lex generalis* sul procedimento amministrativo, a circa 15 anni di distanza dalla sua entrata in vigore, manifesti una sorta di criticità.

La tipizzazione dei segmenti di scansione dell'iter di formazione del provvedimento amministrativo, infatti, dopo aver trovato disciplina in una legge generale sul procedimento, perde la sua giuridica rilevanza.

Nel senso che all'inosservanza delle norme sul procedimento, il legislatore non intende far conseguire qualsivoglia effetto sulla efficacia e validità del provvedimento adottato.

Quasi che, introducendo un correttivo, si vogliano svilire quegli istituti funzionali ad apprestare la partecipazione procedimentale e lo snellimento dell'attività amministrativa, già consacrato nella L. 241/90.

Ora, tutto ciò, incide inesorabilmente sulla disciplina di qualsivoglia settore procedimento amministrativo, ed, ai nostri fini, sulla disciplina del procedimento disciplinare.

Tanto il R.D. 1578/33, quanto il regolamento di attuazione, infatti, pur risalenti ai primi decenni del secolo scorso, contengono una serie di previsioni idonee a garantire la piena partecipazione procedimentale in capo all'iscritto oggetto di un procedimento disciplinare.

Dalla comunicazione di avvio del procedimento, allo svolgimento di deduzioni, dalla produzione di documentazione, all'indicazione di testimoni, fino alla stessa personale audizione.

E tali previsioni, saranno destinate al più ad orientare l'esercizio del potere disciplinare dei Consigli dell'Ordine, non certamente a caratterizzarlo.

Né peraltro potrebbe obiettarsi che l'art. 21 octies non è destinato ad incidere nei confronti delle decisioni dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, non trattandosi di provvedimenti aventi natura vincolata.

Ciò in quanto occorre distinguere tra la natura del potere esercitato e quella che è invece la natura dell'attività provvedimentale nella quale esso trovi esplicazione.

Sicché, non può tralasciarsi dal considerare come, nel caso di specie, alla discrezionalità dell'esercizio del potere discrezionale, si accompagni, invero, la natura vincolata della decisione. Ossia la pre-determinazione normativa del suo contenuto.

Il risultato è che il procedimento disciplinare perderebbe la sua connotazione di "*procedimento aperto*" ma ciò andrebbe a verificarsi in una materia nella quale le istanze di partecipazione e l'esigenza di trasparenza trovano ragione d'essere nella incidenza che la decisione del Consiglio dell'Ordine è idonea a produrre in capo all'iscritto. Dando luogo ad una compromissione della sua sfera giuridica.

Sicché, forse è proprio la peculiarità degli interessi coinvolti ad imporre un'ulteriore riflessione sul rapporto intercorrente tra la *lex generalis* e quella di disciplina del procedimento disciplinare. A chiedersi, cioè, se la maggior restrittività delle prescrizioni contenute nella legge sull'ordinamento professionale non determini di per sé la loro prevalenza sulle previsioni di carattere generale.

Considerato anche che, peraltro, il giudizio aprioristico sulla rilevanza della partecipazione procedimentale, ai fini della decisione finale, non sempre può ritenersi attendibile.

Trattandosi, infatti, di un mero procedimento logico, scevro dalla effettiva valutazione dell'incidenza degli apporti documentali o comunque istruttori, sul convincimento del Consiglio dell'Ordine.

Tuttavia, a parte tali questioni problematiche, dalla lettera dell'art. 21 octies, un dato dovrebbe ritenersi ormai certo.

Intento del legislatore, non è tanto quello di ridurre l'entità del contenzioso, comprimendo la sfera delle violazioni di legge idonee ad integrare i vizi del provvedimento amministrativo, quanto invece quello di orientare l'esercizio dell'attività amministrativa sempre più nell'ottica della "*amministrazione per risultato*"⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ A riguardo, si rinvia ai contributi di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; G. PASTORI, *Pluralità e unità dell'Amministrazione in Democrazia e Amministrazione*; L. IANNOTTA, *Previsione e*

Tant'è che dalla formulazione della norma, non solo non è evincibile alcun intento defatigatorio all'impugnazione giudiziale, quanto, invece è proprio il giudizio, la sede di valutazione della natura della norma che si presume violata.

O meglio, la sede di valutazione dell'incidenza della violazione dei principi sul giusto procedimento, sul contenuto del provvedimento amministrativo.

realizzazione del risultato nella Pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni, in *Diritto Amministrativo*, 1999, pag. 65, nonché *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo, dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, pag. 302.

CAPITOLO QUINTO

LA FASE DI IMPUGNAZIONE

SOMMARIO: 1) Le parti. – 2) La disciplina del giudizio: l'oggetto, il patrocinio, l'istruttoria. – 3) La sentenza.

1) *Le parti*

Il giudizio di impugnazione delle decisioni dei Consigli dell'Ordine è caratterizzato, sul piano soggettivo, da una ridotta legittimazione processuale.

Se l'iniziativa dell'avvio del procedimento disciplinare, avanti gli organi territoriali locali, può essere assunta oltre che su richiesta del Pubblico Ministero, altresì su istanza di qualsivoglia soggetto interessato dalla condotta dell'iscritto, la impugnazione della decisione, invece, è circoscritta ad un numero limitato di soggetti.

O meglio, essa vede quale titolare della legittimazione attiva, esclusivamente il professionista incolpato ed il Pubblico Ministero presso la Corte d'Appello.

Non v'è traccia, infatti, nella formulazione di cui all'art. 50 della legge sull'ordinamento professionale, di qualsivoglia legittimazione processuale del terzo esponente.

Così, come, peraltro la disciplina del giudizio di impugnazione qual'è contenuta negli artt. 56 – 65 del regolamento di attuazione, non prevede la partecipazione processuale del terzo.

Ora, è ben vero che già la disciplina del procedimento disciplinare avanti i consigli dell'ordine non riconosce la qualità di parte in capo all'esponente, pur essendo talvolta il promotore dell'iniziativa e svolgendo, in tal caso, un ruolo determinante nella fase istruttoria.

Sicché, la sua estraneità dalla fase di impugnazione, potrebbe trovare giustificazione, alla stregua dei principi generali che sorreggono la disciplina del processo, nella mancata formale partecipazione alla precedente fase processuale.

Ma, una tale giustificazione troverebbe facile accoglimento ove la potestà disciplinare degli organi dell'Ordine Professionale Forense non versasse nella già evidenziata anomalia.

Ove, cioè, il procedimento disciplinare non fosse caratterizzato da una prima fase avente carattere e natura amministrativa, e da una fase successiva, qual'è appunto quella di impugnazione, avente, invece carattere e natura processuale.

Ed infatti, qualora le due fasi di articolazione del procedimento disciplinare avessero pari natura processuale, la mancanza di una legittimazione attiva in capo al terzo esponente, si spiegherebbe in quanto questi non è stato parte del primo grado di giudizio.

Anche se, una tale prospettazione teorica, dovrebbe, in ogni caso, misurarsi con l'istituto dell'opposizione di terzo che, a tutt'oggi, abita il diritto processuale civile e quello amministrativo.

Ma, in costanza di una diversificata natura delle due fasi del procedimento disciplinare, la mancata partecipazione alla prima, non potrebbe ritenersi, di per sé, un ostacolo alla partecipazione, alla fase successiva.

Tanto più che, alla stregua della formulazione di cui agli artt. 47 – 50 del regolamento di attuazione, il terzo esponente, come già evidenziato, partecipa alla fase istruttoria, seppur in qualità di testimone.

Allora nel tentativo di rintracciare la ratio sottesa all'assoluta estromissione del terzo dalla partecipazione al giudizio di impugnazione, occorre fare una riflessione sulle scelte di politica legislativa che sorreggono la disciplina del procedimento disciplinare.

Per rilevare come esse vadano individuate nella funzione sottostante alla potestà disciplinare.

L'articolazione di una tale potestà in due differenti momenti⁽¹⁾ quello di individuazione e codificazione delle regole di condotta esi-

⁽¹⁾ Si rinvia, a riguardo, al capitolo II, paragrafo terzo.

gibili in capo agli iscritti all'albo e quello di applicazione delle relative sanzioni, sì come idonee ad esplicare la propria efficacia esclusivamente nell'ambito dell'ordine professionale, importa infatti peculiari conseguenze di carattere sistematico.

Importa cioè l'inquadramento delle regole deontologiche nell'alveo delle norme interne, esplicazione della capacità di autoregolamentazione⁽²⁾ degli organi territoriali dell'ordine forense, ed importa, altresì, la configurazione della potestà sanzionatoria, quale estrinsecazione della potestà organizzativa che ciascuna associazione esercita nei confronti dei propri iscritti.

Allora, è evidente come l'esercizio della potestà sanzionatoria sia teleologicamente teso a garantire, in capo agli iscritti all'albo, l'osservanza di condotte rispondenti ai principi di dignità e decoro quali parametri irrinunciabili nell'esplicazione di una attività professionale di rilevanza pubblica.

Si potrebbe, addirittura, ritenere che è attraverso l'osservanza dei canoni di condotta da parte dei propri iscritti che l'ordine professionale tuteli la propria sopravvivenza.

La sanzione dei comportamenti difformi dalle regole deontologiche, garantisce infatti, in uno con la sopravvivenza delle medesime regole, altresì la titolarità e l'esercizio del potere di organizzazione da parte dell'ordine forense.

Ma si tratta di regole aventi esclusiva rilevanza interna, oltre che origine endogena.

Ed allora, ben si comprende come, a prescindere dalla natura del procedimento nel quale trovino applicazione, le regole deontologiche non dispiegano rilevanza giuridica nei confronti dei terzi.

I quali possono, al più, denunciarne, in capo agli organi territoriali locali, la eventuale inosservanza ma non sono titolari di alcun potere di iniziativa giudiziale a riguardo.

Né, nell'ambito di un procedimento di carattere amministrativo, quale è quello avanti i COA, né nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, quale è quello avanti il CNF.

⁽²⁾ In tal senso, si veda per ultimo Cass. n. 5225/2002.

Ciò in quanto (°) l'esercizio del potere disciplinare vede contrapposti unicamente l'interesse dell'ordine forense a sanzionare i comportamenti deontologicamente censurabili dei suoi iscritti e l'interesse del singolo iscritto a tutelare la propria sfera giuridica e la propria condizione di professionista.

E qualsivoglia differente ed ulteriore interesse è privo di rilevanza giuridica (4).

Sicché, risulta comprensibilmente sfornito di legittimazione processuale.

Ed allora, per riprendere la fila del nostro argomentare, legittimati all'impugnazione delle decisioni assunte dal Consiglio dell'Ordine, all'esito di un procedimento disciplinare sono, alla stregua delle previsioni di cui all'art. 50 della Legge professionale, l'incolpato ed il Pubblico Ministero presso la Corte d'Appello.

Tuttavia, i soggetti titolari della legittimazione attiva non esauriscono il novero delle parti nel giudizio di impugnazione.

Tutt'altro. Ed infatti, se l'incolpato ed il Pubblico Ministero integrano la nozione di parti eventuali, essendo rimessa alla loro discrezionalità, l'impugnazione delle decisioni, sono, invece parti necessarie il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione (5) ed il Consiglio dell'Ordine che ha emesso la decisione.

(3) Si veda CNF 12 settembre 1994 n. 76.

(4) A conferma delle ristrette nozioni di interesse giuridicamente rilevante ai fini dell'impugnazione della decisione dei COA, è da far riferimento all'evoluzione interpretativa che ha caratterizzato l'orientamento del CNF in ordine alla prosecuzione del giudizio di impugnazione, ove l'incolpato fosse deceduto, nel suo more.

Orbene, ad un primo orientamento interpretativo – CNF sentenza 23 maggio 1985 – che riconosceva l'interesse della vedova del professionista a vedere accolto il ricorso presentato dal marito avverso una decisione pronunciata dal COA, se ne è rintracciato, un secondo, più recente – CNF, 23 giugno 1988 n. 25 – che ha escluso la legittimità dell'intervento della vedova.

Sicché, il procedimento va ad estinguersi per sopravvenuta carenza di interesse.

(5) Il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione interviene, nella discussione del ricorso quando l'impugnazione è stata proposta dal P.M. o questi abbia proposto ricorso incidentale, altresì quando la sanzione irrogata consiste nella radiazione dall'albo.

Invece, interviene il P.M. presso la Corte di Cassazione, ove il ricorso ponga un

E la nozione di parte necessaria dei Consigli dell'Ordine, quale elaborata dall'interpretazione della giurisprudenza di legittimità⁽⁶⁾, oltre che del CNF⁽⁷⁾, supporta vieppiù la configurazione della potestà disciplinare quale potestà di organizzazione ed autoregolamentazione degli iscritti all'albo.

Il COA, infatti, è parte necessaria, in quanto portatore dell'interesse a mantenere in vita la decisione adottata, nell'esercizio del potere sanzionatorio delle condotte deontologicamente rilevanti.

2) *La disciplina del giudizio: l'oggetto, il patrocinio, l'istruttoria*

1. La funzione giurisdizionale esercitata dal CNF in materia disciplinare è circoscritta alle decisioni assunte dai locali consigli dell'ordine, all'esito del procedimento avviato nei confronti dell'iscritto.

L'art. 50 della L.F., infatti, a riguardo, individua l'oggetto dell'impugnazione, limitandolo appunto alle sole decisioni.

Ciò è, indubbiamente, sintomatico della non esaustività della giurisdizione del CNF in materia disciplinare.

La decisione, infatti, è il provvedimento conclusivo di un procedimento amministrativo, al quale ciascun Consiglio dell'Ordine addiviene solo ove all'esito della fase istruttoria, si formi il convincimento dell'avvenuta violazione dei canoni deontologici.

Sicché, la decisione è momento di estrinsecazione della potestà sanzionatoria.

Ed infatti, la decisione individua l'entità e la misura della sanzione da irrogare all'incolpato.

Ora, limitare, come ha fatto il legislatore, l'oggetto delle impugnazioni avanti il CNF alle sole decisioni significa circoscrivere la

conflitto di competenza, o una ricasazione o nel caso di esercizio del potere disciplinare nei confronti degli stessi componenti del C.N.F..

In ogni caso, è facoltà del Procuratore Generale di intervenire.

⁽⁶⁾ Cassazione Sezioni Unite 3609/74 - 3610/74 - 4/75 - 619/75 - 1156/75 - 155/76 - 1880/76 - 4542/76 - 588/77 - 7872/01 - 10956/01 - 5715/03.

⁽⁷⁾ CNF, 12 aprile 1994 n. 32.

funzione giurisdizionale di tale organo ai soli provvedimenti di irrogazione delle sanzioni.

Escludendo la sua cognizione su qualsivoglia determinazione assunta dal Consiglio dell'Ordine, a chiusura delle differenti fasi endo-procedimentali.

Deliberato l'avvio del procedimento disciplinare, alla stregua della previsione di cui all'art. 38, al III comma, della L.P., il Consiglio dell'Ordine ne dà comunicazione all'interessato ed al Pubblico Ministero (ciò in aderenza alla previsione di cui all'art. 47 del regolamento di attuazione), quindi procede all'espletamento dell'istruttoria.

È solo al termine dell'istruttoria che il Consiglio delibera di citare l'iscritto o di archiviare il procedimento.

Orbene, tale deliberazione ha natura provvedimento.

E ciò, tanto ove il Consiglio dell'Ordine disponga la citazione dell'iscritto, quanto vieppiù ove, invece, avvenga all'archiviazione del procedimento.

In entrambi i casi, infatti, la deliberazione si atteggia quale momento conclusivo di una fase istruttoria (per quanto monocratica) e si configura quale estrinsecazione di una determinazione del Consiglio dell'Ordine.

Sicché essa gode di natura ed efficacia pari a quella della decisione.

Allora, è evidente che l'espressa sottrazione dalla giurisdizione del CNF, non può essere intesa quale assoluta preclusione all'impugnazione.

Pena, una stridente violazione dei principi generali in materia di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

Deve, allora ritenersi che la tassatività delle impugnazioni proponibili avanti il CNF possa lasciare spazio all'espandersi della giurisdizione generale dal giudice amministrativo.

Ciò, invero, in forza della incontestata natura amministrativa del procedimento disciplinare.

Sicché, l'inammissibilità dell'impugnazione della delibera del Consiglio dell'Ordine, di apertura del procedimento disciplinare⁽⁸⁾

⁽⁸⁾ CNF 7 ottobre 1989 n. 138 – 13 febbraio 1993 n. 3 – 18 maggio 1990 n. 60.

o della deliberazione di archiviazione⁽⁹⁾, invero è da intendersi quale mero difetto di giurisdizione del CNF.

Ma, a questo punto, la tassatività e tipicità delle impugnazioni (o meglio dell'impugnazione) proponibile avanti il CNF, può indurre ad una ulteriore riflessione.

Potrebbe indurre, infatti, a ritenere che la giurisdizione speciale del CNF abbia, in materia disciplinare, estensione limitata alle sole decisioni, ciò a fronte di una giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Sicché, all'anomalia della sopravvivenza di un organo di giurisdizione speciale, si aggiungerebbe la limitata estensione della stessa giurisdizione.

Ma vi è di più.

2. Ulteriore profilo di anomalia nella disciplina del giudizio di impugnazione è ravvisabile nella previsione di cui all'art. 60, al IV comma del R.D. 37/34.

La norma prevede, in capo al professionista incolpato, la facoltà di farsi assistere da un avvocato abilitato al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori (e dunque iscritto all'albo speciale di cui all'art. 33 del R.D. 1578/33), munito di mandato speciale.

Si tratta, evidentemente, di una mera facoltà.

Sicché, il professionista incolpato viene a trovarsi di fronte ad una alternativa, o decidere di difendersi da solo⁽¹⁰⁾, ed in tal caso non è necessario che sia abilitato al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, o, invece, deve indicare il proprio difensore tra gli iscritti all'albo speciale della Cassazione.

E qui si coglie l'anomalia della disciplina.

Anche a voler rintracciarne la ratio, in una sorta di favor dell'incolpato (che è e rimane pur sempre un professionista iscritto all'al-

⁽⁹⁾ CNF 16 febbraio 2000 n. 4 – 18 ottobre 2000 n. 14, 11 aprile 2001 n. 57, 8 marzo 2002 nn. 7 e 8.

⁽¹⁰⁾ Purché non sia stato privato, in quanto sospeso in via cautelare, dello ius postulandi.

bo), tuttavia, non sono facilmente comprensibili le motivazioni che hanno indotto il legislatore a prevedere una tale disciplina.

La previsione di favore troverebbe, invero, una sua giustificazione nella già evidenziata configurazione del procedimento disciplinare quale momento di estrinsecazione della potestà di organizzazione ed auto-regolamentazione di cui sono titolari i Consigli dell'Ordine.

Sicché, in un procedimento caratterizzato dalla configurazione di due posizioni di interesse soltanto formalmente confliggenti (l'interesse dell'incolpato all'accertamento dell'avvenuta osservanza delle regole deontologiche, e l'interesse del Consiglio all'osservanza delle medesime regole in capo agli iscritti), quali posizioni peraltro interne al medesimo ordine professionale, potrebbe ritenersi giustificata la scelta del legislatore di consentire all'iscritto di difendersi da sé.

Ma, ciò non giustifica, in ogni caso, la previsione alternativa.

Nel senso che, al di là della necessità del mandato speciale⁽¹¹⁾ non si comprende la prescrizione relativa all'abilitazione del difensore avanti le giurisdizioni superiori.

Né, peraltro, può obiettarsi, a riguardo, la funzione di giurisdizione speciale esercitata dal CNF, richiedente di per sé l'abilitazione al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori.

Ciò, in quanto, se così fosse, anche l'incolpato, per difendersi avrebbe dovuto necessariamente essere iscritto all'albo speciale della Corte di Cassazione.

Ma così non è.

Ed allora, permane l'anomalia di una funzione giurisdizionale che si atteggia, quale giurisdizione domestica ove l'incolpato decida di difendersi da solo⁽¹²⁾, e quale giurisdizione superiore, ove invece l'incolpato scelga di farsi assistere da altro professionista.

Così, incorrendo nell'osservanza delle previsioni in materia di patrocinio avanti le giurisdizioni superiori.

⁽¹¹⁾ Si veda l'univoco orientamento delle S.U. della Cassazione (sent. 19 marzo 1997 n. 2433 – 28 luglio 1998 n. 7399) e dello stesso CNF (sent. 18 marzo 1993 n. 23, 16 maggio 2001 n. 83).

⁽¹²⁾ Invero, anche ove l'incolpato scelga di farsi difendere da altro professionista è ammesso a svolgere personalmente le proprie deduzioni (così dispone l'art. 63, al I comma, del regolamento di attuazione).

3. Ora, a fronte dei profili problematici, fin qui evidenziati, sì come caratterizzanti, a tutt'oggi, l'esercizio della funzione giurisdizionale del C.N.F., fa da contraccolpo la tendenziale tipicità della disciplina di svolgimento del giudizio.

Al pari della disciplina del giudizio d'appello avverso le sentenze dei Tribunali Civili⁽¹³⁾, la legge sull'ordinamento professionale forense non prevede alcuna precipua attività istruttoria da parte del C.N.F..

Ma rimette alla discrezionalità del ricorrente l'eventuale proposizione di deduzioni ed esibizione di documenti (ex art. 61 del RD 37/34), ed alla discrezionalità del CNF di procedere "*a tutte le ulteriori indagini ritenute necessarie per l'accertamento dei fatti*" (così dispone l'art. 63, all'ultimo comma del R.D. 37/34).

Ora, tali previsioni incidono inevitabilmente sull'articolazione del giudizio.

Risulta, infatti, palese come alla complessità delle fasi procedurali di svolgimento del giudizio disciplinare avanti i Consigli dell'Ordine, corrisponda l'assoluta concentrazione del giudizio di impugnazione nell'udienza di discussione.

Depositato il ricorso e le eventuali deduzioni da parte del medesimo ricorrente, il Consiglio Nazionale fissa l'udienza di discussione.

Ed è in quella sede che, su istanza di parte, o d'ufficio, decide di disporre l'eventuale integrazione dell'istruttoria già espletata dal Consiglio dell'Ordine.

È evidente, pertanto, che si tratti di una istruttoria meramente "*eventuale*"⁽¹⁴⁾, tant'è che ove il Consiglio Nazionale non ravvisi tale necessità, a chiusura della discussione, la causa viene introitata per la decisione.

⁽¹³⁾ Disciplina, invero, applicabile in via residuale e sussidiaria al giudizio di impugnazione avanti il CNF.

⁽¹⁴⁾ È orientamento del CNF, infatti, limitare l'ammissione di mezzi istruttori dedotti dal ricorrente, alla stregua della previsione di cui all'art. 345 c.p.c., all'ipotesi in cui la parte dimostri di non aver potuto proporre nel giudizio di primo grado, per cause a lui non imputabili. Ciò in quanto il potere istruttorio del giudice d'appello non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi nel giudizio di primo grado (CNF sent. 19 febbraio 2202 n. 1).

Allora, ad un giudizio, qual'è quello che si svolge avanti il Consiglio dell'Ordine, caratterizzato dalla centralità e dalla complessità della fase istruttoria (si pensi che, come già evidenziato, all'istruttoria sommaria, segue quella monocratica, quindi per ultimo quella collegiale), segue, invece, un giudizio, qual'è quello di impugnazione, caratterizzato dalla centralità della fase dibattimentale.

Ove l'espletamento della fase istruttoria è eventuale, e trova ragione esclusivamente nella necessità di integrare le risultanze già emerse nel precedente giudizio.

Ciò, invero, in linea con la struttura dei giudizi di impugnazione.

Se non fosse che, il giudizio avanti il CNF, non è qualificabile quale giudizio di impugnazione in senso proprio, in quanto oggetto di cognizione non è un provvedimento giurisdizionale, emesso da un organo titolare di una tale funzione, ma, invece si tratta di un provvedimento amministrativo.

Provvedimento adottato a conclusione di un procedimento amministrativo, nell'esercizio di una tale potestà.

Tutto ciò fa sì che il giudizio avanti il CNF non sia idoneo ad assumere la configurazione di un giudizio di secondo grado.

Senza dimenticare che come ha rilevato un autore⁽¹⁵⁾ il ricorso proposto avanti il CNF non può intendersi quale impugnazione, in senso stretto, in quanto non è preordinato ad un giudizio volto all'eliminazione di un provvedimento che si ritiene affetto da vizi, ma piuttosto ad un giudizio volto ad ottenere una dichiarazione del diritto dell'incolpato a non vedere inciso il suo status professionale per effetto di un atto non legittimamente adottato.

Ma, allora, è possibile che si tratti di una ennesima anomalia del sistema.

3) *La sentenza*

Le decisioni assunte dal Consiglio Nazionale, all'esito del giudi-

⁽¹⁵⁾ L. MAZZAROLLI, *Riflessione sul procedimento disciplinare*, in *Rassegna forense*, 1996, 445.

zio di impugnazione, sono pronunciate in nome del Popolo Italiano. Così recita l'art. 64 del R.D. 37/34.

Invero, nonostante il tenore letterale della formulazione legislativa⁽¹⁶⁾ è indubitabile che il giudizio di impugnazione si concluda con una sentenza.

Ciò in considerazione sia della natura delle funzioni esercitate dal CNF in materia disciplinare, sia dei requisiti che, alla stregua della previsione di cui al suindicato art.64, la decisione deve indefettibilmente contenere⁽¹⁷⁾.

E vieppiù, ove si rammenti che avverso le decisioni del CNF è proponibile ricorso avanti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁽¹⁸⁾.

Dunque un provvedimento giurisdizionale.

Peraltro, a supporto di un tale, invero pacifico, inquadramento, è soccorsa anche la stessa giurisprudenza di legittimità⁽¹⁹⁾, laddove

⁽¹⁶⁾ La legge di disciplina dell'ordinamento professionale ed il relativo regolamento di attuazione utilizzano la dizione "decisione" tanto per quelle rese dai Consigli dell'Ordine, quanto per quelle rese dal CNF, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, non compare, pertanto, nei testi normativi alcun riferimento alla sentenza.

⁽¹⁷⁾ L'art. 64 del R.D. 37/34 prevede che "le decisioni della commissione centrale sono pronunciate in nome del Popolo Italiano, sono redatte dal relatore e devono contenere l'indicazione dell'oggetto del ricorso, le deduzioni del ricorrente, le conclusioni del pubblico ministero, quando sia intervenuto, i motivi sui quali si fondano, il dispositivo, l'indicazione del giorno, del mese e dell'anno in cui sono pronunciate, la sottoscrizione del presidente e del segretario. Esse sono pubblicate mediante deposito dell'originale nella segreteria della commissione. Una copia ne è comunicata immediatamente al procuratore generale presso la Corte di Cassazione, al quale debbono essere comunicate anche le date in cui siano state eseguite le notificazioni delle decisioni stesse alle altre parti interessate".

⁽¹⁸⁾ L'art. 56 della L.P., al IV comma prevede che "gli interessati ed il pubblico ministero possono proporre ricorso avverso le decisioni della Commissione centrale alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione entro 30 giorni dalla notificazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge".

Invero nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, il vizio di incompetenza è ravvisabile solo ove il CNF, pronunciando sulla competenza, abbia anche statuito nel merito (su sent. 25 ottobre 1960 n. 2893, 24 febbraio 1976 n. 596), l'eccesso di potere è ravvisabile solo ove si concreti sul piano giurisdizionale, nella esplicazione di una potestà riservata ad altra autorità (o ad alcuna autorità) (S.U. 4 maggio 1989, n. 2095, 24 agosto 1999 n. 598).

⁽¹⁹⁾ Cass. S.U. 596/76 cit.

ha rilevato l'inammissibilità del ricorso proposto avanti le Sezioni Unite della Cassazione, avverso una decisione del CNF che, risolvendo un conflitto di competenza, si sia limitata ad indicare il Consiglio dell'Ordine competente per territorio.

Ed infatti, la mancata definitiva statuizione su posizioni giuridiche e più specificamente, posizioni di diritto soggettivo, priva le decisioni del Consiglio Nazionale di qualsivoglia carattere giurisdizionale, dando luogo a meri provvedimenti amministrativi.

Come tali non impugnabili avanti la Suprema Corte.

D'altronde, la discrasia sussistente tra il nominalismo delle formulazioni utilizzate dal legislatore e la sostanziale natura giuridica degli istituti non può ritenersi di alcun ostacolo all'inquadramento sistematico degli stessi⁽²⁰⁾.

Ma veniamo al procedimento che accompagna la elaborazione della sentenza.

Invero, il legislatore, ha concentrato in due norme (gli artt. 63 e 64 del R.D. 37/34) la disciplina del dibattimento e quella relativa alla successiva fase di deliberazione.

Ciò, per un verso, a conferma della snellezza del giudizio di impugnazione, per l'altro in quanto eventuali carenze di disciplina trovano piena integrazione negli istituti di diritto processuale ad oggi vigenti.

Tanto per espresso richiamo, quanto per effetto di una interpretazione sistematica ed analogica.

La formulazione dell'art. 63 del regolamento di attuazione è esemplificativa, a riguardo.

Nel disciplinare le modalità di deliberazione delle decisioni, il legislatore, al II comma, aveva previsto che a fronte dell'assenza dell'incolpato e del suo difensore, fosse invece, ammessa la presenza del Pubblico Ministero.

Ora, una siffatta previsione, non è sopravvissuta al vaglio della

⁽²⁰⁾ Ulteriore ipotesi di discrasia tra il tenore letterale della formulazione legislativa e la sostanziale natura degli istituti giuridici, è ravvisabile nella disciplina del giudizio arbitrale. Ove, il legislatore, all'art. 810 c.p.c., qualifica lodo, quella che è, a tutti gli effetti, tanto più ove pronunciata secondo diritto, una sentenza.

Corte Costituzionale⁽²¹⁾, che ne ha rilevato la piena violazione del diritto di difesa e di controdeduzione.

È stato, infatti, evidenziato come la presenza del Pubblico Ministero quale parte necessaria del giudizio di impugnazione, rappresentasse una inammissibile interferenza con l'autonomia discrezionale del Collegio, determinando altresì una situazione impari nei confronti del ricorrente, sua controparte.

Ciò, peraltro, in linea con la disciplina di diritto processuale penale, ove la deliberazione della sentenza ha luogo alla stretta presenza dei componenti il Collegio giudicante. Essendo la presenza delle parti – il Pubblico Ministero e la parte privata – limitata alle udienze.

Tuttavia, all'integrazione (o meglio all'innovazione) della formulazione di cui all'art. 63, operata dalla Corte Costituzionale, in allineamento con la disciplina del processo penale, è da aggiungere l'espresso richiamo, operato dal legislatore, alle previsioni di cui all'art. 473 c.p.p..

Quali previsioni applicabili in via residuale.

Ed allora, è, a questo punto, evidente, come la pur scarna disciplina della fase di deliberazione della sentenza, sia un fenomeno più apparente che reale.

Trovando, invece, piena integrazione nel sistema processuale urgente.

Una volta che il Consiglio Nazionale sia addivenuto alla decisione del ricorso, procede al deposito della relativa sentenza presso gli uffici di segreteria.

Sicché, adempiuto l'onere di applicazione e quello successivo di modificazione, la sentenza diventa esecutiva⁽²²⁾.

Pertanto, non è necessaria alcuna espressa indicazione del termine di decorrenza⁽²³⁾, ed un'eventuale sospensione può prodursi sol-

⁽²¹⁾ Corte Costituzionale 17 febbraio 1972 n. 27.

⁽²²⁾ In tal senso dispone, l'art. 56, al II comma della L.P..

⁽²³⁾ Sulla immediata esecutività della sentenza, si veda per ultimo, CNF 7 ottobre 2004 n. 104, ove si è rilevato come a fronte di tale carattere non è necessaria qualsivoglia integrazione per la determinazione della decorrenza del alies a quo del-

tanto per effetto dell'accoglimento di un'apposita istanza da parte della Corte di Cassazione⁽²⁴⁾.

Invero, tale carattere della sentenza, pronunciata dal CNF, si spiega, anch'esso, in considerazione della ratio sottesa all'esercizio della potestà disciplinare.

È, assolutamente evidente, come l'immediata esecutività della sentenza adempia ad una funzione di tutela, tanto dell'ordine forense, quanto della stessa collettività.

Il primo, infatti, è titolare di una posizione di interesse all'osservanza dei canoni deontologici e dunque non può esimersi dall'immediata irrogazione della sanzione inflitta in capo ad uno dei suoi iscritti.

E ciò rappresenta, al contempo, una garanzia per la collettività, che, nella more del giudizio avanti la Corte di Cassazione, non è esposta al rischio di instaurare un rapporto fiduciario con un professionista sottoposto a procedimento disciplinare.

Non rimane, a questo punto, che soffermarsi sui requisiti della sentenza.

L'art. 64 del regolamento di attuazione prevede che le decisioni contengono l'indicazione dell'oggetto del ricorso, delle deduzioni del ricorrente, delle conclusioni del Pubblico Ministero, dei motivi sui quali si fondano, quindi della data di pronuncia e della sottoscrizione del presidente e del segretario.

Ora, nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità⁽²⁵⁾, una siffatta previsione non importa alcuna conseguenza di carattere

la sua operatività, da parte del COA che cura la tenuta dell'albo al quale è iscritto l'incolpato.

⁽²⁴⁾ In tal senso dispone l'art. 56, al II comma della L.P..

⁽²⁵⁾ Così, si è ritenuto che la mancata indicazione della data non integri un'ipotesi di nullità della sentenza (Cass. S.U. 27 luglio 1999 n. 519). Parimenti, la mancata sottoscrizione del presidente (ove si sia verificato il suo decesso, nelle more del deposito della sentenza) non è causa di nullità, ove si proceda alla sottoscrizione – in aderenza alle previsioni di cui all'art. 132 c.p.c. – da parte del Consigliere più anziano, componente del collegio (Cass. S.U. 15 marzo 1976 n. 926).

Ugualmente, la mancata menzione degli addebiti non inficia l'integrità della sentenza, ove siano stati oggetto di esame nella motivazione (Cass. S.U. 7 gennaio 1969 n. 22).

giuridico, in un sistema processuale, qual'è quello attuale, ove vige il principio di tassatività della cause di nullità.

Sicché, è sufficiente perché la sentenza acquisisca giuridica rilevanza ed efficacia che essa contenga una pur succinta esposizione dei fatti, accompagnata dall'indicazione degli elementi giuridici utilizzati dal collegio a supporto del proprio convincimento, sì come esplicitato nel dispositivo⁽²⁶⁾.

Né peraltro, il Consiglio Nazionale, pur gravato dal divieto di reformatio in peius⁽²⁷⁾, è, del pari, vincolato dalla reiterazione delle motivazioni addotte dai Consigli dell'Ordine, a sostegno della sanzione inflitta.

Il CNF, infatti, quale giudice di legittimità ed altresì di merito, è legittimato a riesaminare la fattispecie sottoposta al suo giudizio, attribuendo, eventualmente, agli stessi elementi probatori acquisiti nella precedente fase giudiziale, una differente valutazione⁽²⁸⁾.

Ed addirittura, addivenendo all'integrazione della motivazione, in supporto alla decisione resa dai COA.

⁽²⁶⁾ Cass. S.U. 15 gennaio 1969 n. 52.

⁽²⁷⁾ In tal senso dispone l'art. 50, al IV comma, della L.P. ove consente la reformatio solo nell'ipotesi di avvenuta proposizione di un ricorso incidentale da parte del P.M.

⁽²⁸⁾ Cass. S.U. 26 febbraio 1999 n. 103.

STAMPATO PER CONTO
DELLA CASA EDITRICE CEDAM
DALLE GRAFICHE FIORINI
VERONA



COLLANA DEL SEMINARIO GIURIDICO DELL' UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VENEZIA

1. - PAVANINI G. - *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*. 1948, pag. VIII-173
2. - GENOVESE A. - *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*. 1949, pag. x-200
3. - CONTURSI LISI L. - *L'esecutore testamentario*. 1950, pag. x-215
4. - CONTURSI LISI L. - *Le pertinenze*. 1952, pag. IX-156
5. - GENOVESE A. - *Le condizioni generali di contratto*. 1954, pag. XI-407
6. - DALMARTELLO A. - *Adempimento ed inadempimento nel contratto di riporto*. 1958, pag. xv-498
7. - FLORIO F. - *Nazionalità della nave e legge della bandiera*. Milano 1957, pag. XI-231
8. - FRANCHI G. - *La perizia civile*. 1959, pag. IX-459
9. - GUGLIELMETTI G. - *Limiti negoziali della concorrenza*. 1961, pag. XII-462
10. - FRANCHI G. - *La litispendenza*. 1963, pag. XI-353
11. - LONGOBARDI C. - *La nascita del debito d'imposta*. 1965, Pag. IX-228
12. - MAGGIOLO A. - *Titoli e documenti di legittimazione*. (Edizione provvisoria -fuori commercio)
13. - FRANCHI G. - *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*. 1967, pag. VII-146
14. - GUGLIELMETTI G. - *I contratti normativi*. 1969, pag. VIII-302
15. - BERTI G. - *Connessione e giudizio amministrativo*. 1970, pag. 126
16. - PARTESOTTI G. - *Il trasferimento della cambiale*. 1977, pag. 256
17. - ROSSI F.P. - *La contrattazione collettiva nel parastato*. 1978, pag. 112
18. - LAUDISA L. - *Il ritiro della dichiarazione di verità*. 1978, pag. 187
19. - PINI R. - *Procedure di programmazione e ordinamento regionale*. 1979, pag. 264
20. - TRIMARCHI BANFI F. - *Le leggi di spesa nella programmazione finanziaria regionale*. 1979, pag. 152
21. - FOIS C. - *La struttura societaria nella interpretazione delle fonti*. (In corso di stampa)
22. - *Impiego pubblico e impiego privato: verso l'unificazione?* 1981, pag. VI-292
23. - VIGNERI A. - *Poteri di indirizzo e funzioni pubbliche*. (In corso di stampa)
24. - PINI R. - *Il denaro pubblico. Problemi generali*. 1984, pag. 317
25. - BENVENUTI L. - *La discrezionalità amministrativa*. 1986, pag. 340
26. - BENVENUTI L. - *La frontiera marina*. 1988, pag. 240
27. - ORSONI G. - *Disciplina urbanistica*. 1988, pag. 132
28. - ORSONI G. - *Competenza e amministrazione*. 1990, pag. 120
29. - PIZZAGATI M. - *Fallimento del socio e tutela dei creditori*. Seconda edizione. 1996, pag. XVI-224.
30. - CERONI C. - *Autonomia privata e simulazione*. 1990, pag. 168
31. - GRAGNOLI E. - *Sequestro amministrativo*. 1990, pag. 348
32. - NALETTO G. - *Analogia ed equità nel diritto del lavoro. Profili storici*. 1991, pag. 122

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI CA' FOSCARI - VENEZIA

NUOVA SERIE

- 1 - FERRARA L. - *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti.* 1996, pp. XIV-326.
- 2 - *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego.* A cura di G. MARTINENGO - A. PERULLI. 1998, pp. XII-170.
- 3 - D'AGNOLO G. - *La sussidiarietà nell'Unione Europea.* 1998, pp. XVIII-229.
- 4 - CERMEL M. - *La democrazia nei partiti. I: Dal periodo costituente all'insuccesso della formula maggioritaria.* 1998, pp. XII-176.
- 5 - PERULLI A. - *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale.* 1999, pp. XXVI-362.
- 6 - *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti.* Atti del Convegno, Venezia, 11 dicembre 1999. 2001, pp. VIII-178.
- 7 - ORSONI G. - *Il Commissario ad acta.* 2001, pp. X-142.
- 8 - DE BENETTI C. - *Il controllo di gestione nella procedimentalizzazione della funzione amministrativa. I controlli interni negli enti locali.* 2001, pp. X-296.
- 9 - *Contratti bancari e revocatorie fallimentari.* A cura di G. SICCHIERO. 2002, pp. VI-166.
- 10 - DE POLI M. - *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali.* 2002, pp. XX-487.
- 11 - *I poteri del datore di lavoro nell'impresa.* A cura di G. ZILIO GRANDI. Atti del Convegno di Studi, Venezia 12 aprile 2002. 2002, pp. VIII-177.
- 12 - SICCHIERO G. - *La clausola contrattuale.* 2003, pp. VIII-305.
- 13 - LAMICELA M. - *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali. Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale.* 2003, pp. VI-78.
- 14 - CERMEL M. - *La democrazia nei partiti. II. Dal fallimento della «legge truffa» alla democrazia dell'alternanza (1953-2003).* 2003, pp. VI-318.
- 15 - FRANCHI G. - *Scritti scelti.* A cura di C. CERONI e M. DE POLI. 2003, pp. XIV-464.
- 16 - *La nuova stagione degli statuti regionali.* Atti della Tavola Rotonda, Venezia 10 maggio 2002. A cura di M. CERMEL. 2003, pp. VI-122.
- 17 - *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro.* Atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 17-21 giugno 2002. A cura di A. LYON-CAEN e A. PERULLI. 2004, pp. VIII-144.
- 18 - *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro.* Atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19 giugno 2004. A cura di A. LYON-CAEN e A. PERULLI. (in preparazione).
- 19 - *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo.* A cura di G. SICCHIERO. 2005, pp. VIII-314.
- 20 - ORSONI G. - *L'ordinamento professionale forense. Aspetti problematici.* 2005, pp. VIII-116.

ISBN 88-13-25997-2



9 788813 259976

€ 10,50