



NOTA

REGOLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO

E DEL CONSIGLIO DEL 27 APRILE 2016

L'art. 8 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (200/C 364/01) (Carta di Nizza) prevede: " *Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano.*

Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge.

Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. .

Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

Tale codificazione del principio di protezione dei dati personali, postulato del diritto fondamentale alla integrità personale, ha trovato nel nostro ordinamento una precisa applicazione con il decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003.

Il decreto legislativo, in estrema sintesi, aveva come punto di partenza l'adeguamento alla direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio , del 25 ottobre 1995, relativa alla tutela della persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali , nonché alla libera circolazione dei dati.

Orbene l'art. 94 del Regolamento (UE) 2016/679 ha abrogato detta direttiva a decorrere dal 25 marzo 2018, di ciò ne siamo consapevoli .

La nostra associazione forense ha ben presente l'efficacia normativa del nuovo regolamento nel nostro ordinamento e la sua cogenza per tutti i cittadini. Osserva, tuttavia, che la professione

forense in tema di segreto è retta dall'art. 6 L. 247/14 e dal nuovo codice deontologico forense, approvato nella seduta del Consiglio Nazionale forense del 31 gennaio 2014; che non solo è conforme all'art. 40 Reg. 2016/679 - Codici di Condotta - ma contiene norme più stringenti in riferimento alla protezione e trattamento dei dati, rispetto a quelle previste dal legislatore europeo.

Nello specifico:

- l'art. 13 contiene la definizione del dovere di segretezza e riservatezza dei dati conferiti e trattati per l'interessato, ai fini della sua tutela giudiziale e stragiudiziale;
- per il codice deontologico forense responsabile del trattamento dei dati è l'avvocato che assume l'incarico, il quale deve avere mandato scritto, contenente l'autorizzazione all'utilizzo e al trattamento dei dati (art. 23 Cod. deont. Forense e artt. 7 e 39 Reg. 2016/679) ;
- l'art. 28 del codice deontologico forense stabilisce l'obbligo del segreto professionale, prefissando limiti dai contorni ben delineati e specificati, dal contenuto più stringente anche se, in sede giudiziale, come previsto dall'art. 9 del Regolamento 679/2016, è prevista una deroga ai sensi della lettera F paragrafo 1 ;
- L'art. 27 del codice deontologico forense prevede il diritto dell'interessato all'informazione, che non significa solo il diritto a conoscere le sue vicende personali trattate dall'avvocato, ma si riferisce a tutti i dati in suo possesso relativi alla persona di cui l'avvocato si prende cura;
- L'art. 18 del regolamento 679/2016 contiene le norme relative al diritto alla limitazione del trattamento dei dati personali, con specificazione, nella lettera "C" del primo paragrafo, dell'ipotesi in cui l'interessato ne abbia bisogno ai fini del necessario esercizio del diritto di difesa. Sul punto l'avvocatura, all'art. 33 del codice deontologico, ha codificato il diritto all'immediata restituzione del fascicolo e dei documenti, dopo lo svolgimento del mandato

professionale, ed ha precisato che, ove ne riceva richiesta dall'interessato, l'avvocato non può trattenere alcunchè, nemmeno in caso di mancato pagamento delle sue spettanze.

- Le limitazioni previste dall'articolo 23 del regolamento 679/2016, lettera F paragrafo 1, per la salvaguardia della magistratura e dei procedimenti giudiziari, liberano anche gli avvocati dagli obblighi di criptazione dei dati trasmessi a mezzo del processo telematico. Sarebbe in ogni caso impossibile prevedere un sistema di codificazione, in quanto dovrebbe essere previsto un doppio sistema di decodificazione. Invece il nuovo sistema di PCT (Processo civile telematico) ha obbligato gli avvocati a dotarsi di sistemi di protezione dei dati telematici.

La tutela dei diritti e l'utilizzo dei dati giudiziari deve per forza seguire e superare, in ogni caso, le restrizioni sottese alla stringente necessità della tutela della riservatezza, anche per salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza della professione forense.

Ed è utile sottolineare che i criteri di riservatezza cui è tenuto l'Avvocato, sono applicati a tutti i collaboratori dello studio, ai sensi dell'ar.t 39 del codice deontologico.

Tra l'altro, le richiamate norme sono nell'ordinamento italiano norme di legge a tutti gli effetti, come si ricava indubitabilmente dai più recenti orientamenti del Giudice delle leggi e di quello di legalità (cfr Corte Cost. 11/06/01 n. 189, Cass. SS.UU. 26810/07 e Cass. SS.UU. 19246/15).

I registri delle attività di trattamento

E' evidente che l'art. 30 del Regolamento 679/2016 si riferisce alle attività d' impresa, non certo alle attività professionali, che comunque hanno adottato per ragioni fiscali un registro dei clienti e delle parcelle. Dal suo contenuto si evince, in maniera chiara, come la norma non possa trovare applicazione per gli avvocati, che spesso trattano, per esigenze di difesa, i dati di

un soggetto sconosciuto (si pensi ad un' immediata convalida di arresto, o alle difese d'ufficio di soggetti irreperibili).

Immaginiamo le ricadute, sul piano processuale o dell'esercizio del diritto di difesa, che avrebbero simili incumbenti, come ad esempio la tenuta di un registro, se fossero posti a carico degli avvocati, e quale pregiudizio arrecherebbero al difensore d'ufficio, nominato o immediatamente reperibile in aula, per garantire il diritto di difesa di una persona ristretta nella sua libertà, che non conosce e che nella maggior parte dei casi, una volta convalidato l'arresto o comunque esaurita la fase cautelare, sparisce, e quali conseguenze comporterebbero rispetto ai tempi di durata di determinate attività giudiziali (con precisa violazione dell'art. 111 della Costituzione) .

E si potrebbe continuare con gli esempi, senza scomodare la necessità prevista nell'art. 117 della Costituzione, di conciliare le norme di diritto comunitario direttamente applicabili, con le norme di diritto interno.

Il nuovo regolamento, con i relativi adempimenti ivi previsti, è, poi, per gli avvocati, problematico nel punto relativo alle sanzioni e alle modalità con cui sarebbero comminate, secondo quanto contenuto nella seconda parte della corposa normativa.

Si pone un problema di interpretazione qualificata delle norme, per discernere condotte i cui contenuti non possono che essere verificati da soggetti qualificati, consapevoli delle modalità con le quali devono svolgersi l'assistenza e la difesa degli assistiti. Ed allora, è evidente che la sussistenza o meno di una violazione nel trattamento dei dati personali non possa che essere riscontrata dagli organi di disciplina forense, vale a dire il Consiglio distrettuale di disciplina e il Consiglio Nazionale Forense. Così come è evidente la necessità di rivisitare l'impianto

sanzionatorio. In difetto sarebbero limitate la libertà, l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocatura, con preciso riflesso sui diritti fondamentali delle stesse persone interessate.

Ciò significa, pertanto, che per gli avvocati non potrà essere prevista una doppia sanzione in caso di violazione delle norme sul trattamento dei dati personali, vale a dire quella eventualmente comminata secondo le modalità previste dal regolamento, e quella che dovrebbe essere comminata dagli organi disciplinari, sulla base di un codice di condotta già fortemente punitivo in tema di tutela dei dati personali.

Il regime della doppia sanzione, che meriterebbe una approfondita esposizione, come noto, è stato già attenzionato dalla Corte EDU e, di recente, anche dalla nostra Corte Costituzionale che, con la sentenza N. 43 del 2018, ha sollevato il problema della necessità di non vessare il soggetto interessato (in questo caso l'avvocato), comminando una doppia sanzione – irrogata sia dagli organismi che applicano il codice di condotta, sia dal comitato od organismo di tutela dei dati personali- per la violazione e l'offesa ad un bene giuridico protetto, a qualsiasi titolo , nel nostro ordinamento.

Ciò che può essere chiesto all'avvocatura, stante il disposto dalla legge N. 217 del 2012, è che il Consiglio Nazionale Forense, dotato di autonomia regolamentare in materia di codice di condotta degli avvocati italiani, adegui le modalità di intervento nel caso in cui siano riscontrabili violazioni del codice deontologico forense in materia, ed adegui le sanzioni previste nei confronti dell'avvocato che abbia leso i diritti del soggetto di cui ha trattato i dati personali o, in ogni caso, abbia posto in essere violazioni nel trattamento dei suoi dati personali, ai sensi del regolamento 679/2016.

L'UIF- Unione Italiana Forense auspica, pertanto, che questi brevi considerazioni possano essere utili a comprendere la necessità di prevedere che la tutela dei dati personali del

soggetto assistito da un Avvocato nell'ambito della sua professione, e la verifica sulla congruità della sua condotta rispetto al regolamento 679/2016, con eventuale irrogazione della sanzione nel caso di violazione, sia demandata esclusivamente agli organismi di disciplina forense, prevedendo, se dal caso, un intervento integrativo, in materia, sul codice deontologico forense, a cura del Consiglio Nazionale Forense, in base alla sua potestà regolamentare prevista dalla legge professionale forense.

In ogni caso ritiene che, nelle more, sia stabilito un periodo di transizione in cui eventuali controlli non abbiano conseguenze sanzionatorie, ma siano di supporto ed aiuto ai soggetti obbligati, prendendo ad esempio quanto al riguardo deliberato dal CNIL francese. Anche perché fino ad oggi non è stato pubblicato il decreto di attuazione del regolamento, e la normativa comunitaria non risulta né chiara, né di semplice ed immediata applicazione.

La presente nota è stata redatta a cura del responsabile del Comitato Scientifico dell'UIF Nazionale, Avv. Roberto Zazza, e del responsabile del Comitato Scientifico dell'UIF Roma Avv. Antonio Ferdinando De Simone.

In allegato:

- 1) Nota su Cass. 19246/15;
- 2) Saggio di E. Del Prato "regole deontologiche..." in Rassegna Forense 2/2014.

Con osservanza

Il Presidente Nazionale dell'UIF Unione Italiana Forense

(Avv. Elisabetta Rampelli)



Il Responsabile Comitato Scientifico sede UIF ROMA

(Avv. Antonio Ferdinando De Simone)



Enrico del Prato

REGOLE DEONTOLOGICHE DELLE PROFESSIONI E PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ: L'ESPERIENZA ITALIANA*

Sommario: 1. Deontologia, autodisciplina, delegificazione. Codici deontologici di ordini professionali e di organizzazioni private. Portata contrattuale ed extracontrattuale. - 2. Regole deontologiche, sussidiarietà e fonti del diritto. - 3. Eventuali conflitti tra norme di rango superiore e regole deontologiche. - 4. Le regole deontologiche nel rapporto contrattuale. - 5. Codici deontologici privati. Dimensione extracontrattuale. - 6. Due casi sulla sussidiarietà.

1. DEONTOLOGIA, AUTODISCIPLINA, DELEGIFICAZIONE. CODICI DEONTOLOGICI DI ORDINI PROFESSIONALI E DI ORGANIZZAZIONI PRIVATE. PORTATA CONTRATTUALE ED EXTRA CONTRATTUALE

Un'avvertenza: "deontologico" non allude ad una dimensione extranormativa, rilevante esclusivamente sul terreno dei doveri morali o sociali, quasi si trattasse di calare l'art. 2034 c.c. nell'ambito dei rapporti professionali. "Deontologico" significa sostanzialmente criterio di comportamento in base al quale valutare diligenza e correttezza. Né ha qualche utilità demarcare nominalisticamente i codici deontologici dai codici di autodisciplina, il cui contenuto non sarebbe circoscritto a regole morali, ma abbraccerebbe tutta la materia, ivi compresi gli aspetti organizzativi. La portata di ciascuna disposizione, una volta accertata la legittimazione della fonte, rileva per il suo contenuto.

* Il testo è ricavato dalla relazione tenuta al Convegno *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà. Modelli europei a confronto*, Università degli Studi di Perugia, 14 aprile 2013.

Le norme deontologiche, dunque, integrano le clausole generali che caratterizzano l'adempimento dell'obbligazione e l'esecuzione dei contratti; quindi correttezza, buona fede e diligenza. Da questo punto di vista, deontologia ed autodisciplina significano la stessa cosa: anche i codici deontologici dettano norme organizzative, norme sulla struttura degli atti e, come vedremo, prescrizioni incidenti sulle "formalità". Ma anche in questi casi essi dettano criteri di comportamento.

Essi vengono in rilievo essenzialmente in due contesti.

Il primo è la deontologia che promana da enti pubblici associativi, cioè dagli ordini professionali, che hanno una connotazione pubblicistica e quindi tendono ad introdursi nel sistema delle fonti. Il secondo, invece, quello che, almeno nominalisticamente, più tocca la portata del principio di sussidiarietà sociale od orizzontale che dir si voglia, riguarda l'autodisciplina promanante da organismi privati.

Sia pure con la nettezza delle schematizzazioni possiamo dire che la rilevanza dei codici deontologici nel nostro sistema si muove lungo tre itinerari. Il primo tende a negarvi una diretta rilevanza giuridica: le regole deontologiche attecchiscono nella giuridicità mediante le clausole generali¹ e costituiscono parametri di interpretazione di disposizioni primarie². Nel secondo essi sono considerati alla stregua di altrettante norme giuridiche, e tuttavia rilevanti esclusivamente nel rapporto tra iscritto e ordine professionale: quindi in funzione dell'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari³ (già qui la rilevanza normativa è evidente in ragione

¹ Cfr., per una panoramica, A. BELLELLI, *Codice deontologico medico e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, pp. 577 ss.; A. D'ANGELO, *La deontologia dell'avvocato*, in *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, pp. 125 ss.; A. M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 1961, I, pp. 619 ss. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., 16 novembre 2006, n. 24392, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., SS.UU., 12 marzo 2004, n. 5164, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1641, Cass., SS.UU., 10 luglio 2003, n. 10842, in *Foro it.*, 2003, 2986, Cass., SS.UU., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2441; Cass., SS.UU., 23 gennaio 2002, n. 762, in *Giur. it.*, 2002, 1713; Cass., 30 luglio 2001, n. 10389, in *Danno e resp.*, 2001, 1039, con nota di V. CARBONE, *Il pediatra deve curare il bambino ammalato o preoccuparsi delle «paturnie» della madre?*; Cass., 20 febbraio 2001, n. 2469, in *Mass. Giur. it.*, 2001.

² V. F.D. BUSNELLI, *Codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 74.

³ Cfr. G. ALPA, *Autodisciplina e codici di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, pp. 3 ss.; G.D. COMPORI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, pp. 859 ss.; L. MARTINI, *La violazione di norme deontologiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, pp. 895 ss.; U. PERFETTI, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di) *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, pp. 7 ss.

(segue)

dell'impugnabilità dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte delle relative decisioni del Consiglio nazionale forense, sia pure limitata dal R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 ai soli vizi dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge).

Infine il terzo itinerario riconosce ai codici deontologici rilevanza esterna⁴. Essi, cioè, plasmano non solo - questo è il terreno più ricorrente - il contratto d'opera professionale o comunque il contratto che costituisce il titolo di un'attività, ma anche l'attività in sé sul piano extra-contrattuale. Il dato più significativo in questa direzione si ricava dal peso attribuito ai codici di deontologia e buona condotta dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (in materia di protezione dei dati personali: art. 12 e richiami successivi) ed, in particolare, a quello relativo alle attività giornalistiche (art. 139), su cui torneremo più innanzi⁵. Ma possiamo anche rintracciare altri dati: ad esempio la prescrizione del Codice deontologico forense (art. 49), secondo cui «l'avvocato non deve aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita»⁶.

Circa l'ambito della cognizione delle SS.UU. della Suprema Corte v., da ultimo, Cass., SS.UU., 25 giugno 2013, n. 15873, citata nella nota seguente.

⁴ Cfr., per un quadro d'insieme v. U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2011, *passim*, e spec. pp. 94 ss. per i veicoli di Inquadramento delle disposizioni deontologiche nel contesto delle fonti.

Nella giurisprudenza v. Cass., SS.UU., 13 giugno 2011, n. 12903; Cass., SS.UU., 7 luglio 2009, n. 15852; Cass., SS.UU., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, 11, 1, 3167, con nota di SCARSELLI; Cass., SS.UU., 23 marzo 2004, n. 5776, in *Giur. It.*, 2005, 249; Cass., 14 luglio 2004, n. 13078. Ma v. anche, senso diverso, la recente Cass., SS.UU., 25 giugno 2013, n. 15873, secondo cui «il ricorso alle sezioni unite della Cassazione (...) è possibile esclusivamente in caso di uso del potere disciplinare dagli ordini professionali per fini diversi da quelli per cui la legge lo riconosce», in quanto «il codice deontologico forense non ha carattere normativo ma è costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa»: l'impressione, tuttavia, è che ciò non esprima la non giuridicità delle regole, quanto piuttosto la natura di merito del giudizio circa la loro applicazione sostanziale, che esula, perciò, dai limiti fissati al sindacato di legittimità dal R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578.

⁵ V. C.M. BIANCA, *Note introduttive*, C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di) *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy*, Padova, 2007, 1, p. XXVII; F. D. BUSNELLI, *Dalla legge al "codice": un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele*, *Ivi*, 1, pp. XLII ss.; A. BELLELLI, *sub art. 139, Ivi*, 2, pp. 1716 ss. e qui ulteriori riferimenti.

⁶ Ciò evoca la giurisprudenza in tema di abuso degli strumenti processuali: v. Cass., SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726 (seguita da Cass., 11 giugno 2008, n. 15746), secondo cui «non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto

(segue)

Questa portata non caratterizza soltanto le disposizioni poste da ordini professionali, ma anche quelle di organizzazioni private che regolano l'esercizio di determinate attività (linee guida, protocolli) allorché esse vengono in considerazione come parametri per valutare la colpa e l'imputazione di un comportamento negligente. A tal fine esse devono essere richiamate da norme, primarie o secondarie, o altrimenti rilevare come espressione di *standards* qualitativi⁷.

Questo in sintesi il quadro di riferimento⁸. Esso evoca quel fenomeno, che, nella teoria delle fonti - con una esplicita previsione normativa -, va sotto il nome di "delegificazione"⁹, e può far immaginare all'osservatore esterno che intende esprimere l'esigenza di ridurre il numero delle norme.

Invece no: il senso della delegificazione è che ci devono essere meno norme primarie e più norme secondarie. Quindi essa ha originato un moto di normazione secondaria approdato al proliferare (che noi privatisti studiamo da almeno un decennio) di norme imperative regolamentari e dettate da autorità amministrative indipendenti: un capitolo ancora di consistente interesse¹⁰.

tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale». Sulla rilevanza esterna della disposizione deontologica potrebbe fondarsi la responsabilità dell'avvocato nei riguardi della controparte.

⁷ È il caso della variegata fenomenologia delle certificazioni di qualità: sul tema v. E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011, pp. 15 ss., pp. 45 ss.

⁸ Per una più ampia panoramica, si vedano, tra i numerosi contributi, G. ALPA, *Deontologia forense*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 436 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Norme deontologiche e responsabilità contrattuale dell'avvocato nel recente dibattito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2012, pp. 695; EAD., *L'obbligo del professionista intellettuale. Tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008; A. D'ANGELO, *Diritto deontologico e giurisdizione degli ordini professionali*, in *Danno e resp.*, 6, 2001, pp. 612 ss.; M. FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2, 2013, pp. 121 ss.; F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contr. e Impr.*, 2, 2011, pp. 287 ss.; U. PERFETTI, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, cit.

⁹ Mi riferisco all'art. 17 della Legge n. 400 del 1988 che ha previsto la delegificazione come istituto che attribuisce al Governo il potere generalizzato di emanare norme di rango secondario, sulla base di una legge a contenuto autorizzatorio da parte del Parlamento, e la cui maggiore applicazione si è avuta con le tre leggi cosiddette Bassanini, Bassanini-bis e Bassanini-ter (rispettivamente Legge n. 59 del 1997, Legge n. 127 del 1997 e Legge n. 191 del 1998). Sul tema, tra i molti, cfr. A. A. CERVATI, v. *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1997; A. PIZZORUSSO, v. *Delegificazione*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, pp. 492 ss.

¹⁰ Per un primo approccio al tema nell'ottica privatistica mi permetto di rinviare ai miei *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 515 ss. e *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 257 ss.; una rassegna di questioni è in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*,

(segue)

2. REGOLE DEONTOLOGICHE, SUSSIDIARIETÀ E FONTI DEL DIRITTO

Le regole promananti da organizzazioni private o da ordini professionali evocano il principio di sussidiarietà, che - è noto - viene declinato nei due versanti della sussidiarietà definita istituzionale o verticale (artt. 118, comma 1, e 120, comma 2, Cost.)¹¹ e della sussidiarietà definita sociale od orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.)¹²: il primo riguardante le competenze degli enti territoriali, il secondo quelle dei privati, singoli e associati, la cui autonoma iniziativa «per lo svolgimento di attività di interesse generale» (art. 118, comma 4, Cost.) deve essere favorita dallo Stato e dagli altri enti territoriali.

Non è questa la sede per sondare il novero delle "attività" rispecchiate dalla sussidiarietà. Tuttavia mi appare corretto ritenere che la stessa normazione vi rientri quando attiene alla disciplina di materie di interesse generale. La questione meriterebbe un approfondimento che amplierebbe a dismisura questa riflessione: ma non mi pare contestabile che la formalizzazione della sussidiarietà sociale al livello costituzionale abbia impresso all'autonomia privata un non trascurabile riconoscimento ed impulso.

Sebbene gli ordini professionali siano enti pubblici a base associativa, sarebbe inutilmente formalista espungerli dal contesto della sussidiarietà circoscrivendo quella "istituzionale" ai soli enti territoriali - per i quali è testualmente espressa dall'art. 118, comma 1, Cost. -, mentre la dialettica tra "pubblico" e "privato" si è andata modellando nel tempo al punto da sottrarsi ad una rigida schematizzazione e da generare l'illusione che la sussidiarietà "orizzontale" possa estendersi oltre la qualificazione, pubblica o

a cura di G. Gitti, Bologna, 2006; di recente v. M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e etero regolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, *passim* e spec. pp. 158 ss.

¹¹ Sulla dimensione applicativa dell'art. 120, comma 2, Cost., v. G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, cost.*, in *Nuovi rapporti stato-regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, I, a cura di F. Modugno, P. Carnevale, Milano, 2003, pp. 63 ss.

¹² Cfr., ad esempio, il mio *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, citato nella precedente nota, nonché, per una applicazione, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 87 ss., spec. pp. 110 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, *passim*. Per un quadro d'insieme v. L. SICO, voce "Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)", in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, pp. 1062 ss.; T.E. FROSINI, voce "Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)", in *Enc. dir.*, Annali II, 2, Milano, 2008, pp. 1133 ss.

privata, dei soggetti, diversi dagli enti pubblici territoriali, che esercitano un'attività di interesse generale.

Pertanto i "codici" degli ordini professionali rispecchiano la sussidiarietà e costituiscono autodisciplina della categoria. Ad essi si affianca la normativa secondaria promanante da autorità indipendenti, che, invece, rimane eterodisciplina anche quando scaturisce da un confronto con gli interessati¹³. Quell'area che per decenni ha coinciso con la dimensione degli usi (normativi o negoziali) - i quali, in buona misura, evocano l'autodisciplina - è stata ad essi sottratta e riempita di contenuti normativi secondari promananti da autorità indipendenti, da ordini professionali o da organizzazioni private.

La giurisprudenza della Cassazione, segnatamente a partire dagli anni duemila¹⁴, riconosce il carattere normativo delle regole deontologiche degli ordini professionali. Ci si chiede, però, quale sia il veicolo per rendere normative queste regole e quale ne sia la portata. In altri termini, dove si attinge la legittimazione dell'ordine a dettare regole che integrano non solo doveri di comportamento dell'avvocato, del medico, del giornalista, ecc., ma rilevano anche all'esterno, rendendo inadempimento o illecito extracontrattuale la loro violazione?

Quando la caratura deontologica induceva a ritenere problematica la rilevanza di queste norme oltre il rapporto tra ordine ed iscritto, si sottolineava l'esigenza di rispettare la gerarchia delle fonti, e dunque delle regole che presiedono alla normazione. Perciò si è andati alla ricerca di una norma primaria che legittimasse l'ordine professionale ad emanare norme deontologiche da incorporare nel sistema normativo. Dunque, la regola deontologica non sarebbe regola integrativa del contratto d'opera professionale, se non quando richiamata da una norma primaria.

Un caso emblematico è nell'art. 12 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), di cui sono esplicazione ulteriori disposizioni contenute nello stesso

¹³ Possiamo richiamare, ad esempio, il Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali, approvato con deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas dell'8 luglio 2010 - ARG/com 104/10.

¹⁴ *Ex multis* Cass., SS.UU., 17 gennaio 2012, n. 529; Cass., SS.UU., 7 luglio 2009, n. 15852; Cass., SS.UU., 30 aprile 2008, n. 10875, in *Guida dir.*, 2008, 27, 76; Cass., 5 marzo 2008, n. 16145, in *Corr. giur.*, 9, 2008, 1228; Cass., SS.UU., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Giust. civ.*, 2008, 2167; Cass., SS.UU., 23 marzo 2004, n. 5776, in *Giur. it.*, 2005, 249; Cass., 14 luglio 2004, n. 13078, in *Mass. Giust. civ.*, 2004.

decreto legislativo. Esso, sotto il controllo del Garante (e cioè di una autorità amministrativa indipendente), rinvia ai codici di deontologia e buona condotta per stabilire i criteri di valutazione del trattamento dei dati personali¹⁵: "liceità" e "correttezza" sono, con qualche sovrabbondanza, i termini adoperati. Mediante tale norma i codici in questione sono diventati regola circa l'impiego dei dati personali: rilevanti, quindi, a pieno titolo nella giuridicità. Veicolo di ciò è l'iniziativa del Garante, a cui si chiede di favorire la partecipazione di soggetti interessati.

Un esempio di rilievo è nel Codice deontologico dei giornalisti (art. 139 D.Lgs. cit.), che detta le regole in base a cui valutare il rispetto dei doveri che incombono al giornalista nel divulgare notizie, concretizzando i criteri della verità, della continenza e dell'interesse sociale che rendono legittima l'ingerenza nella riservatezza¹⁶. L'art. 139 cit. demanda al Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti la formazione del codice, sotto la supervisione del Garante, che ha il potere di prescrivere «eventuali misure e accorgimenti a garanzia degli interessati, che il Consiglio è tenuto a recepire».

Una notazione. Il legislatore - soprattutto quello costituzionale, che ha esplicitato, nel 2001, il principio di sussidiarietà -, ha riposto molta fiducia nella capacità delle categorie professionali di organizzarsi e dettare regole: una fiducia che qui non si può dire sia andata a buon fine visto che il Codice deontologico per le attività giornalistiche non lo hanno concepito i giornalisti, ma è quello adottato dal Garante nel 1998, quindi prima della formalizzazione del principio di sussidiarietà nel nostro sistema.

¹⁵ G. DE MINICO, *sub art. 12*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy*, cit., 1, pp. 271 ss.

¹⁶ *Ex multis* Cass., 12 ottobre 2012, n. 17408; Cass., 9 luglio 2010, n. 16236, in *Danno e resp.*, 2010, 11, 1075, Cass., 5 marzo 2008, n. 16145, con nota di S. SICA, *Tutela della privacy, diritto di cronaca e codice deontologico dei giornalisti*, in *Corr. giur.*, 9, 2008, 1228, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1205, in *Corr. giur.*, 2007, 11, 1550, con nota di O. FITTIPALDI, *Esercizio del diritto di cronaca e società di massa: dalla stagione giudiziaria del 'decalogo' a quella della possibile sufficienza della mera verità della diffusione in sé della notizia?*

3. EVENTUALI CONFLITTI TRA NORME DI RANGO SUPERIORE E REGOLE DEONTOLOGICHE

L'importanza dell'analisi nella prospettiva della gerarchia delle fonti e della legittimazione degli ordini a dettare regole rilevanti come parametro dell'adempimento e della diligenza viene in considerazione soprattutto con riferimento ad un punto: quando la regola dettata dall'ordine sia in contrasto con una norma di rango sovraordinato o collida con un principio generale¹⁷.

L'interrogativo, talvolta, è risolto esplicitamente: è il caso dell'art. 2, comma 3, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Bersani), convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha imposto alle «disposizioni deontologiche e pattizie» ed ai «codici di autodisciplina» che fissavano tariffe minime, vietavano pubblicità informativa e servizi professionali interdisciplinari (art. 2, comma 1, D.L. cit.), di adeguarsi all'intervenuta abrogazione di tali limiti, «anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali», pena la nullità a decorrere dal 1° gennaio 2007. Certo il richiamo alla "nullità" evoca la fenomenologia negoziale, e rispecchia poco il senso della sopraggiunta caducità di una norma ad opera di una di rango superiore. Tuttavia il senso dell'intervento normativo è chiaro.

Ma non sempre la soluzione è esplicita. Mi spiego meglio con un esempio. Una disposizione del Codice deontologico forense (art. 41) impone all'avvocato, che detiene fiduciarmente somme nell'interesse del cliente, di attenersi alle istruzioni scritte del cliente stesso. Donde il dubbio: costituisce inadempimento del contratto d'opera professionale l'attenersi ad istruzioni orali del cliente, oppure quella regola rileva solo sul terreno della eventuale responsabilità deontologica, e quindi nel rapporto tra ordine e iscritto?

Il criterio per risolvere l'interrogativo va rintracciato nei principi generali: la normativa sul deposito, che va in questo caso ad integrare il contratto d'opera professionale, tace sul punto. Né sembra acconcio chiedersi se, in assenza di una norma primaria, debba invocarsi un principio di libertà forme; tema, questo, che la

¹⁷ V. C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy*, cit., 1, pp. XXVII ss.

civilistica ha studiato abbondantemente e sul quale non vi intratengo. La regola concreta risiede nel privilegiare l'interesse del cliente, le cui istruzioni, sebbene orali, vanno eseguite nel rispetto della disciplina che regola gli spostamenti di denaro.

Su un altro caso si è pronunciato il Tar del Lazio nel 2010¹⁸. Il Codice deontologico notarile stabilisce, nell'art. 42, punto c, che, quando il notaio autentica una firma - quindi non nell'atto pubblico, ma nella scrittura privata autenticata -, deve dare lettura dell'atto o della dispensa dalla lettura. Ciò ha suscitato l'interrogativo se questa norma integri una prescrizione formale anche sul piano civilistico, non solo su quello deontologico. La risposta del Tar è stata di segno negativo. La disposizione citata non è sulla forma degli atti, sia perché in senso tecnico-materiale non viene in considerazione la forma in sé, sia perché comunque la norma deontologica non potrebbe integrare la disciplina primaria sulla forma (quella dettata dal codice civile e dalla legge notarile); donde la rilevanza solo deontologica della norma¹⁹.

È da notare che non mancano prescrizioni in tema di forma contenute in discipline secondarie, segnatamente dettate da autorità indipendenti. Ma gli ordini professionali sono privi di competenza a regolamentare tale materia con rilevanza "esterna".

Ancora. Il Tar del Lazio si è pronunciato nel 2012²⁰ circa l'art. 55 *bis* del Codice deontologico forense, là dove prevede che «l'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e la previsione del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice». Il Tar ha dichiarato illegittima questa disposizione perché in contrasto con una norma primaria: per i principi in tema di gerarchia delle fonti, la norma primaria deve prevalere; la norma secondaria può integrarla, non derogarvi.

Ciò induce una conclusione: i codici deontologici integrano le clausole generali della correttezza, della buona fede e della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, ma la loro efficacia va ricavata dalle norme primarie che legittimano l'ordine professionale a dettare regole.

¹⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 10 agosto 2010, n. 30580, in *Notariato*, 2011, 4, p. 473.

¹⁹ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Norme deontologiche*, cit., p. 701.

²⁰ Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 29 ottobre 2012, n. 8855, *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 83.

4. LE REGOLE DEONTOLOGICHE NEL RAPPORTO CONTRATTUALE

Come entrano le norme deontologiche nel rapporto tra professionista e cliente? Esse rilevano come fonti secondarie di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.) quando non collidono, come nei casi visti poc'anzi, con disposizioni cogenti o di rango superiore o, per il loro tenore, rivelano una portata limitata al rapporto dell'iscritto con l'ordine.

Ciò, peraltro, non impedisce che tutte le disposizioni deontologiche possano regolare il rapporto tra assistito e professionista. A tal fine occorre collocarle sul piano degli usi negoziali: cioè la prassi volta ad applicare nei rapporti tra professionista e cliente le regole deontologiche²¹.

Contenuto della prassi non sono le regole deontologiche in sé, bensì il rinvio ad esse. Questo vuol dire che non è la singola regola ad entrare nel contenuto del contratto, così come era nel momento della stipulazione, ma la sua consistenza nel tempo, alla stregua del c.d. "rinvio mobile": dunque nel caso di cambiamenti durante il rapporto, saranno le nuove norme deontologiche a dettare i criteri dell'adempimento dell'obbligazione.

Quest'angolo di osservazione, cioè quello delle clausole d'uso²², ci solleva un ulteriore interrogativo, che la nostra dottrina ha indagato approfonditamente e induce una disciplina nettamente differenziata tra usi normativi, che sono norme giuridiche secondarie (artt. 1, 8, 9 disp. prel. c.c. e 1374 c.c.), e usi negoziali (art. 1340 c.c.), equiparati alle clausole contrattuali perché si intendono introdotti nel contratto se non risulta che le parti non li hanno voluti²³. Sia la collocazione sistematica dell'articolo - posto in quel segmento della disciplina dell'accordo che riguarda la determinazione dell'autoregolamento -, sia altre ragioni che sarebbe qui soverchio illustrare, tendono a confermare l'equiparazione degli usi negoziali alle clausole contrattuali.

²¹ Per questa prospettiva v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Norme deontologiche*, cit., pp. 701 ss.

²² Per una possibile qualificazione delle norme deontologiche come usi, si vedano P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 981 ss., e Id., *Presentazione*, a G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979. In argomento anche H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

²³ In generale sugli usi si veda A. CATAUDELLA, *I contratti: parte generale*, 3ª ed., Torino, 2009, dove più ampi riferimenti.

Ciò implica ben note ricadute sul terreno applicativo: i criteri di interpretazione sono quelli del contratto e non quelli della legge; non è deducibile in Cassazione la loro violazione; non vige il principio *jura novit curia* perché è onere della parte dare la prova dell'esistenza della prassi; l'uso negoziale prevale, così come le clausole contrattuali, sulle norme derogabili.

La prospettiva di conferire rilevanza alle disposizioni meramente deontologiche mediante una clausola d'uso che ad esse rinvia pone l'interrogativo circa la soluzione di eventuali conflitti delle regole deontologiche con norme primarie o secondarie di rango superiore derogabili. Se, infatti, la clausola d'uso - diversamente dall'uso normativo - prevale sulle norme derogabili, si dovrebbe sostenere, nel contrasto, la prevalenza della norma deontologica.

La soluzione richiederebbe una riflessione ben più consistente di quella possibile ora. Una linea in concreto adeguata può essere attinguta, a mio avviso, dall'esigenza di perseguire l'interesse della parte assistita.

Ma la questione più seria sta nella domanda se abbia un senso demarcare così nettamente gli usi negoziali dagli usi normativi se i primi, una volta ampliati a dismisura oltre i cosiddetti usi individuali - cioè quelli praticati tra parti determinate -, vengono fatti coincidere con i cosiddetti usi aziendali, cioè vigenti tra operatori di un determinato settore²⁴. In quest'ottica, infatti, non è più possibile, o è oltremodo difficoltoso, fissare il punto oltre il quale l'uso negoziale può ritenersi normativo.

5. CODICI DEONTOLOGICI PRIVATI. DIMENSIONE EXTRACONTRATTUALE

Questa considerazione ci aiuta ad introdurre l'altro segmento della mia riflessione, e cioè i codici deontologici di carattere privato.

Possiamo dire ancora, con la varietà di fonti del nostro tempo, che i criteri di interpretazione della legge (art. 12 disp. prel. c.c.) e i criteri di interpretazione del contratto (artt. 1362 ss. c.c.) divergono, e, perciò, che la collocazione di un complesso di disposizioni

²⁴ L'espressione «usi aziendali» è impiegata soprattutto nel diritto del lavoro, dove, però, acquista un significato alquanto diverso, perché allude alla prassi esistente in una determinata impresa: sul tema mi sia consentito rinviare alla mia voce *Usi nel rapporto di lavoro*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*.

a vocazione generale sul terreno contrattuale porta su un diverso emisfero? L'interrogativo ha una certa rilevanza soprattutto sul piano dell'analogia, perché essa è un criterio di riempimento di lacune normative (art. 12, comma 2, disp. prel. c.c.), non di lacune della disciplina negoziale, perché queste sono risolte dagli effetti dettati dalle norme dispositive. L'ordinamento giuridico, non il contratto, è caratterizzato dalla completezza: e perciò esula dal contratto l'analogia, che è il mezzo per perseguire la completezza, mentre, nel contratto, occorre ricercare se la clausola pattizia abbia valore esemplificativo (art. 1365 c.c.).

Su questo orizzonte ci imbattiamo in un articolo del codice di procedura civile, notissimo, che però non ha ricevuto grande attenzione da parte dei teorici delle fonti²⁵ e degli studiosi del diritto del lavoro: l'art. 360, n. 3, c.p.c., che, nel nuovo testo, ammette il ricorso per Cassazione anche per la violazione «dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro». La disposizione, per quanto mi consta, non ha alimentato ampi dibattiti. La dottrina lavoristica ne ha dato questa lettura: il contratto collettivo nazionale di lavoro non è diventato norma giuridica, ma si è esteso ad un atto di autonomia privata (un "attone", per così dire, per la funzione normativa a cui assolve²⁶) il sindacato di legittimità.

Non sarei convinto che un corretto criterio di soluzione sia da rintracciare nella demarcazione tra norma oggettiva e disposizione negoziale. Occorre, piuttosto, comprendere che l'autonomia privata, nelle sue manifestazioni normative a vocazione generale, detta regole aventi un regime specifico, e che ciò è rispecchiato dalla deducibilità in Cassazione della violazione di contratti collettivi nazionali di lavoro e dal principio di sussidiarietà²⁷, di cui l'autonomia sindacale è una espressione saliente.

²⁵ Ma v. la riflessione di F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, in *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo* a cura di G. Santoro-Passarelli, Napoli, 2010, pp. 7 ss.

²⁶ Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; M. LUCIANI, voce "Governo (forme di)", in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, pp. 574 ss. Fra i più recenti contributi in materia si vedano G. IANNIRUBERTO, *Il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, pp. 896 ss.; F. BUF-FA, *La produzione del contratto collettivo in Cassazione*, in *Giust. civ.*, II, 2011, pp. 525 ss.; G. GUARNIERI, *Giudizio di cassazione e onere di depositare il testo integrale del contratto o accordo collettivo*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2011, pp. 726 ss.; V. SPEZIALE, *Le Sezioni unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2011, pp. 1003 ss.

²⁷ Sul tema mi sia consentito rinviare al mio *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, cit.; in (segue)

I codici di autodisciplina di matrice privata possono integrare le norme quando sono richiamati da una norma. Ad esempio, in materia di attestazioni di qualità ed altre certificazioni si rintracciano disposizioni che, pur senza investire le istituzioni private di facoltà regolamentari, rinviano a modelli e criteri dettati da tali istituzioni come strumenti di accertamento del rispetto di determinati *standards* qualitativi.

Così tali strumenti acquistano una portata normativa che rimane mediata dalla norma primaria, nel senso che non vi è una delega di funzioni normative, ma il rinvio al dato precettivo espresso nel codice deontologico privato.

Quando un'organizzazione detta spontaneamente regole per l'esercizio dell'attività sua e dei suoi aderenti, siamo appieno nella dimensione del diritto privato, del contratto e degli statuti: qui, dunque, la legittimazione a vincolare va rintracciata nel contratto - spesso un contratto associativo - e nei regolamenti che ne sono esplicitazione, nelle regole che attribuiscono all'ente, all'organizzazione, all'associazione o ad un certo organo la potestà di regolare determinati rapporti.

Qualche volta è sufficiente l'adesione al "gruppo"; talaltra, in relazione a determinati profili, può essere essenziale uno specifico consenso che attribuisca all'organizzazione il potere di ingerirsi nel regime di determinate attività.

Siccome il contratto produce effetto tra le parti, l'efficacia dei codici di autodisciplina rispetto ai terzi presuppone che se ne ritracci il fondamento. La questione, ovviamente, sussiste solo per l'efficacia vantaggiosa, perché la lesione di diritti di terzi rileva come illecito, nelle varie possibili fenomenologie. Dal modello del contratto a favore del terzo può essere ricavato un principio generale che consente al terzo di invocare l'applicazione a suo favore di una disciplina, che, sia pure concordata tra altri, gli attribuisce situazioni soggettive attive.

Sul piano dell'illecito extracontrattuale i codici deontologici privati vengono in rilievo come esplicitazioni della diligenza specificamente dovuta, e quindi, di riflesso, della precauzione, della negligenza e della colpa nell'esercizio di determinate attività

generale sul principio di sussidiarietà cd. orizzontale, cfr. fra i molti V. CERULLI IRELLI, v. "Sussidiarietà (dir. amm.)", in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 2003, *ad vocem*; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 7 ss.

che possono arrecare danni a terzi. Qui il discorso si farebbe complesso, perché introduce i problemi dell'accertamento del nesso di causalità e della colpa: ma non è questa la sede per approfondirlo²⁸.

6. DUE CASI SULLA SUSSIDIARIETÀ

Il principio di sussidiarietà non ha avuto tante esplicazioni. Ne vorrei indicare due: una, volta ad applicarlo nella sua pienezza, l'altra, invece, a restringerne la portata.

Nella prima direzione, una decisione del Tar Campania del 2011²⁹ ha affermato che Italia Nostra, essendo statutariamente preposta a finalità di conservazione dell'ambiente, proprie dell'amministrazione dello Stato, è una esplicazione del principio di sussidiarietà orizzontale o sociale. Qui c'è una realizzazione del principio.

In altra direzione la Consulta ha ritenuto³⁰ incostituzionale una norma della Regione Marche, la quale, in forza del principio di sussidiarietà, aveva assunto alcuni dipendenti di enti privati che svolgevano attività sanitaria convenzionata con il servizio sanitario regionale. Qui la Corte costituzionale ha ravvisato la violazione del principio generale secondo cui dipendente pubblico si diventa per concorso: il privato può invocare il principio di sussidiarietà nello svolgimento di attività di interesse generale, ma non in deroga a norme che presidiano l'assunzione presso enti pubblici³¹.

²⁸ Per qualche cenno mi sia concesso rinviare a due mie riflessioni: *Precauzione e obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, pp. 1 ss. e *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 634 ss.

²⁹ Tar Campania, Salerno, sez. I, 8 novembre 2011, n. 1769.

³⁰ Corte cost., 10 maggio 2005, n. 190, in *Giur. it.*, 2249.

³¹ In dottrina V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, pp. 59 ss.

Sulla natura delle disposizioni contenute nel codice deontologico forense: dalle concezioni tradizionali fino ad arrivare alla recentissima pronuncia della cassazione n. 19246 del 29 settembre 2015

Autore: Stefanelli Eleonora

In: Deontologia forense e patrocinio gratuito

I. Introduzione : excursus sugli orientamenti di stampo tradizionale.

Per poter tracciare un quadro completo ed organico in tema di deontologia forense e, ancor più specificatamente, in materia di qualificazione giuridica delle norme cristallizzate nel codice deontologico, è opportuno fare un passo indietro e guardare ai diversi filoni interpretativi che, per lungo tempo, hanno interessato la tematica in questione.

In particolare, non può non accennarsi al conflitto giurisprudenziale che ha avuto luogo a partire dagli inizi del 2000 e che ha condotto al nascere di due orientamenti diametralmente opposti. Stiamo parlando, più specificatamente, di due pronunce – entrambe frutto dell’opera del Supremo Consesso - che hanno visto la luce, rispettivamente, nel 2003 e nel 2007.

Stando alla prima linea interpretativa (di cui alla Cass. n. 10482/2003), le disposizioni contenute nel codice disciplinare forense sono da intendersi quale espressione di “poteri di autoregolamentazione degli organi e dei collegi, con la conseguenza che andrebbero interpretate in ossequio ai criteri ermeneutici fissati dagli artt. 1362[1] e ss. del codice civile”.

Detto altrimenti, l’interpretazione delle clausole contrattuali costituisce una “quaestio facti” perché

avente ad oggetto la comune intenzione delle parti contraenti e, dunque, la loro "voluntas", la cui indagine rientra nel merito della causa.

Pertanto, stando al suindicato filone giurisprudenziale, il codice deontologico contiene al proprio interno norme giuridiche sì rilevanti ma pur sempre vevolevoli nel solo ordinamento interno dell'ordine professionale che le ha approvate.

Concezione ermeneutica e restrittiva, quest'ultima, che ben presto viene ad essere totalmente smantellata grazie al passaggio verso una prospettiva maggiormente estensiva, culminato nella più recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la numero 26810 del 2007.

Si assiste, in altri termini, ad una vera e propria opera di revirement che va a consacrare un rilevante principio di diritto, secondo il quale : "le norme del codice disciplinare forense rappresentano fonti normative integrative del precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità"**[2]**.

L'iter logico - argomentativo che ha condotto le Sezioni Unite verso tale soluzione risulta correlato a specifici profili di carattere ordinamentale, che, di certo, meritano un accenno.

In primo luogo, i Giudici hanno posto l'accento su una importante distinzione involgente il campo delle attribuzioni e, dunque, della competenza : quella tra Consigli dell'ordine territoriali e Consiglio nazionale forense (CNF). In particolare, hanno evidenziato la circostanza secondo cui soltanto i primi sono tenuti ad esercitare funzioni amministrative, anche se operanti in campo disciplinare; diversamente, il CNF - nelle ipotesi in cui sia chiamato a pronunciarsi in materia disciplinare - opera in veste esclusiva di organo giurisdizionale.

Sotto altro aspetto, invece, partendo da una accurata disamina del D.Lgs. n. 382/1944 (disciplinante la funzione dei Consigli degli ordini professionali in materia disciplinare), il Supremo Collegio ha inteso sottolineare come le norme contenute in tale decreto trovino concreta applicazione anche con riguardo alle professioni di avvocato e al Consiglio nazionale forense, contestualmente istituito dall'art. 21 della medesima fonte normativa[3].

Ancor più, in chiave prettamente integrativa, la Cassazione ha ritenuto opportuno analizzare la sesta disposizione transitoria della Costituzione[4], atteso che quest'ultima prevede la revisione degli organi speciali di giurisdizione al momento esistenti. Norme che, secondo l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi, attribuisce al termine di revisione natura ordinatoria e non anche perentoria. Di guisa, il divieto di istituire nuove giurisdizioni straordinarie ed anche speciali[5] vige solamente per gli ordini professionali sorti posteriormente alla Carta Costituzionale; diversamente, la disciplina cristallizzata nella sesta disposizione transitoria della Carta, trova applicazione solo ed esclusivamente in ordine agli ordinamenti professionali costituiti in una fase anteriore all'emanazione della Costituzione.

Dunque, il Consiglio nazionale forense è organo sorto anteriormente all'entrata in vigore della nostra Costituzione e, dunque, va considerato in qualità di giudice speciale tuttora operante in maniera legittima.

L'indiscutibile carattere giurisdizionale del processo che ha luogo dinanzi al Consiglio nazionale forense (in sede disciplinare), tuttavia, non comporta "ex se" che tutti i criteri decisori siano costituiti da norme di legge. E proprio tale constatazione ha permesso al Collegio di addivenire alla conclusione secondo cui il carattere giurisdizionale delle norme disciplinari deriva dal rinvio alla legge statale, atteso che essa assume la funzione di parametro normativo generale alla cui stregua è possibile effettuare una valutazione della condotta dei professionisti iscritti.

II. Il recente intervento della Cassazione : la sentenza n. 19246 del 29 settembre 2015. Una

breve disamina della questione.

Il caso che si sottopone all'attenzione del lettore origina dalla citazione presentata da un legale avverso il Presidente del Consiglio dell'Ordine di appartenenza ed altri due componenti dello stesso, per sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di due procedimenti disciplinari, uno dei quali conclusosi con l'applicazione della misura sanzionatoria della censura.

La domanda attorea, tuttavia, veniva rigettata sia in prima facie che dalla Corte d'Appello, con pronuncia del 25 giugno 2013. Nello specifico, il giudice di secondo grado - in linea con le motivazioni già dedotte dal Tribunale - aveva ritenuto che la fattispecie andasse analizzata in rapporto ad una precisa disposizione normativa di natura civilistica, ovvero l'art. 2043 c.c., atteso che il petitum della lite era rappresentato dall'accertamento della responsabilità dei componenti del Consiglio dell'ordine degli avvocati. Ancor più, evidenziava la mancanza dell'evento illecito generatore di responsabilità, non potendosi considerare tale l'aver contribuito all'apertura di un procedimento disciplinare, atteso che la stessa legge professionale (vigente al momento del fatto) ed, in particolare, l'art. 38 del R.D. n. 1578 del 1993 qualificavano tale iter procedimentale come il mezzo attraverso cui il Consiglio dell'ordine degli avvocati era tenuto ad accertare se la condotta posta in essere dal soggetto incolpato fosse da ricondursi nell'alveo degli schemi comportamentali contrari alla dignità e al decoro professionale. Di conseguenza, l'apertura dell'azione disciplinare - secondo il Giudice di merito - doveva considerarsi doverosa in quanto aderente ai paradigmi normativi e, dunque, pienamente legittima e lecita.

Avverso tale sentenza, tuttavia, l'avvocato proponeva ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, avvalendosi di quattro motivi principali e di due motivi di natura subordinata.

Partiamo da una sintetica rassegna dei profili motivazionali rilevanti.

Con il primo motivo di ricorso, il professionista denunciava la violazione di specifiche disposizioni

normative, quali : art. 81 c.p.c., art. 24 del D.P.R. 15 gennaio 1957, n. 3, artt. 1292 e 1294 c.c. ed, infine, articolo 187 c.p. in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 1.

In particolare, sosteneva che la Corte d'appello aveva errato nel non ritenere sussistente la solidarietà del Presidente e di tutti i membri del collegio, in spregio a quanto consacrato dal decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 1957, art. 24[6] (noto altrimenti come Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato).

Con la proposizione della seconda doglianza, invece, il ricorrente denunciava la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2°, n. 4, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4. Al riguardo, censurava l'impugnata pronuncia nella parte in cui statuiva che il Tribunale non aveva dichiarato la carenza di legittimità passiva dei convenuti, tanto che aveva deciso di merito la questione.

La terza motivazione ruotava attorno alla violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2727 e 2729 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Il legale sosteneva che la Corte, nonostante una corretta individuazione dell'oggetto della controversia (rappresentato dalla responsabilità dei singoli componenti del Consiglio dell'ordine degli avvocati per avere concorso con il loro voto favorevole all'emanazione dei provvedimenti disciplinari oggetto del ricorso e generatori dei danni), aveva respinto l'appello e disatteso la domanda risarcitoria sulla scorta di una mancata individuazione del fatto illecito produttore di responsabilità.

Ancora, con il quarto motivo sottolineava l'omessa valutazione circa il fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti coinvolte, richiamando in proposito la disposizione di cui all'art. 360 c.p.c., n.5.

Infine, le due motivazioni definite subordinate, attenevano alla violazione degli artt. 91 e 92 del c.p.c., disciplinanti rispettivamente la condanna alle spese e la compensazione delle spese.

III. La soluzione offerta dagli Ermellini.

Il percorso argomentativo che ha condotto la Cassazione verso la propria e fisiologica conclusione deve essere analizzato in rapporto al giudizio prognostico che la stessa ha effettuato in rapporto alle singole motivazioni sollevate dal ricorrente.

Le prime due motivazioni - violazione art. 81 c.p.c., art. 24 del D.P.R. 15 gennaio 1957, n. 3, artt. 1292 e 1294 c.c. ed, infine, articolo 187 c.p. in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 1. nonché nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2°, n. 4, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 - sono state ritenute infondate dagli Ermellini a seguito di una valutazione congiunta delle stesse. Nello specifico, il Supremo Consesso è giunto a ritenere che, contrariamente a quanto evidenziato dalla parte ricorrente, la Corte di appello aveva correttamente individuato la domanda avanzata e, al contempo, aveva altresì valutato la responsabilità dei componenti del Consiglio dell'ordine degli avvocati, avendo potuto in tal modo rigettare la stessa senza dover dichiarare alcuna carenza di legittimazione passiva degli appellanti.

Stessa sorte è toccata al terzo ed al quarto motivo, essendo stati anch'essi, in seguito ad una trattazione congiunta, ritenuti infondati dalla Corte. Nell'argomentare l'infondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente e, di conseguenza, la legittimità della pronuncia di secondo grado, i giudici hanno inteso riprendere precedenti orientamenti giurisprudenziali, al fine precipuo di fornire una chiara ed esaustiva spiegazione in ordine alla qualificazione, sotto il profilo giuridico, del codice deontologico e delle norme in esso contenute. In particolare, la Cassazione ha sottolineato la valenza del codice deontologico, da intendersi quale

"complesso di regole di cui gli organi di governo degli avvocati si sono dotati al fine di poter attuare i valori caratterizzanti la professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa". Di conseguenza, la violazione di detto codice assume rilevanza in sede giurisdizionale, purchè si ricolleggi all'incompetenza, all'eccesso di potere o alla violazione di legge, ovvero ad una delle ragioni per le quali il R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, articolo 56, comma 3, convertito con modificazioni nella Legge 22

gennaio 1934, n. 36, consente il ricorso alle sezioni unite della Cassazione, che e' possibile esclusivamente in caso di uso del potere disciplinare dagli ordini professionali per fini diversi da quelli per cui la legge lo riconosce (cfr. al riguardo, SU. N. 15873/2013; S.U. 19 ottobre 2011 n. 21584; 4 febbraio 2009 n. 2637; 28 settembre 2007 n. 20360). Disamina, quest'ultima, che, a detta della Cassazione, deve necessariamente accostarsi ad una valutazione circa l'ambito di applicazione delle potestà spettanti agli ordini professionali. Difatti, se per un verso l'accertamento della non conformità della condotta - degli iscritti agli ordini - ai canoni della dignità e del decoro professionale rientra nella competenza degli ordini stessi, sotto altro versante, invece, il rispetto dell'autonomia degli ordini rende inammissibile la censura della violazione di legge avverso le decisioni del Consiglio nazionale forense in materia disciplinare qualora si risolva nella prospettazione di un contrasto di dette decisioni con le norme deontologiche.

Pertanto, in stretta sintonia con le suindicate linee direttrici, la Corte ha ritenuto che la pronuncia di merito fosse da ritenersi fondata, atteso che il comportamento degli ordini professionali null'altro è che il mezzo tramite il quale esercitare l'attività di controllo loro demandata al fine di vagliare le condotte poste in essere dai soggetti incolpati, tenendo conto dei fondamentali criteri della dignità e del decoro professionale.

In conclusione, per quanto riguarda i motivi subordinati (violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c.), anche questi ultimi sono stati oggetto di rigetto, laddove, a mente della Cassazione, i giudici di merito avrebbero in ogni fase seguito correttamente il principio della soccombenza.

[1] Art. 1362 c.c., rubricato "Intenzione dei contraenti", statuisce quanto segue : "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

[2] In senso conforme, si vedano Cass. nn. 5776 e 13078, entrambe del 2004.

[3] In proposito, l'art. 21 D.Lgs. n. 382/1944 trova collocazione sistematica nel Capo IV intitolato "Disposizioni speciali per le professioni di avvocato e di procuratore" ed è propriamente rubricato "Consiglio nazionale forense". Così recita : "Le funzioni spettanti al Consiglio superiore forense sono attribuite ad un Consiglio nazionale formato di trentasei componenti eletti due per ciascun distretto di Corte d'appello tra gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione. Per le elezioni del Consiglio nazionale forense i singoli Consigli degli ordini di ciascun distretto procedono all'elezione dei due componenti spettanti al distretto medesimo. Si intendono eletti i due candidati che hanno riportato maggior numero di voti. Le elezioni suppletive di cui all'art. 15 si svolgono nel Consiglio del distretto a cui apparteneva il componente da sostituire".

In proposito, va fatta una precisazione di carattere tecnico, laddove il primo comma ha subito una modifica, seppur leggera. Nello specifico, si assiste ad una variazione del numero dei componenti del Consiglio nazionale forense, laddove, in base al disposto dell'art. 1 D. Lgs. n.6/1946, è stato ridotto ad uno per ogni distretto di Corte d'appello.

[4] La VI° disposizione transitoria e finale della Costituzione, al primo comma, stabilisce che : "Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari".

[5] Al riguardo, si veda l'art. 102, 2 comma, Cost., a mente del quale : "Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinare nuove materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura".

[6] Art. 24, D.P.R. n.3/1957, rubricato "Responsabilità degli organi collegiali", dispone che : "Quando la violazione del diritto sia derivata da atti od operazioni di collegi amministrativi deliberanti, sono responsabili, in solido, il presidente ed i membri del collegio che hanno partecipato all'atto od all'operazione. La responsabilità è esclusa per coloro che abbiano fatto constatare nel verbale il proprio dissenso".

<https://www.diritto.it/sulla-natura-delle-disposizioni-contenute-nel-codice-deontologico-forense-dalle-concezioni-tradizionali-fino-ad-arrivare-alla-recentissima-pronuncia-della-cassazione-n-19246-del-29-settembre-2015/>