

Francesca Benatti

I CODICI DEONTOLOGICI COME TUTELA ESSENZIALE DEL MERCATO*

Sommario: 1. La giuridicità dei codici deontologici. - 2. La loro evoluzione. - 3. I codici e la concorrenza.- 4. Il tema delle tariffe. - 5. La concretizzazione nei codici della disciplina sulla pubblicità. - 6. Riflessioni conclusive.

1. LA GIURIDICITÀ DEI CODICI DEONTOLOGICI

La diffusione dei codici deontologici¹ impone la necessità di una loro qualificazione giuridica per la notevole influenza che essi hanno nella sfera economico-sociale e che rende non più sufficiente un esame descrittivo o basato unicamente sulla loro natura². Il dibattito nel nostro ordinamento è stato vivace e si è concentrato sulla giuridicità o meno di queste norme. Ad un orientamento tradizionale secondo cui esse erano regole interne di categoria³, spesso solo etiche o morali, se ne è contrapposto un altro che, fondandosi sulla constatazione della pluralità degli ordinamenti giuridici⁴, afferma la possibilità anche per gruppi o categorie di creare norme giuridiche.

La tesi della loro giuridicità, che ha progressivamente trovato riscontro anche in giurisprudenza⁵, è stata successivamente so-

* Contributo pubblicato su *Contratto e Impresa*, 2/2015.

¹ Si avverte come l'uso del termine deontologia risalgia all'opera di Bentham del 1834 «*Deontology or the science of morality*».

² Cfr. F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

³ A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 616.

⁴ Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

⁵ Cass., SS.UU., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Rass. forense*, 2003, I, p. 130, con nota di R. DANOVI, *Regole deontologiche e canoni complementari: un sistema efficace per la difesa della professione*

(segue)

stenuta con diverse argomentazioni. Un primo indirizzo ritiene che esse siano consuetudini. In particolare, si è rilevato come vi sia «un uso contrattuale consistente in una generica e complessiva clausola di rinvio (non recettizio) alle norme tipiche della categoria che dettano il comportamento dovuto dal professionista nello svolgimento della propria attività»⁶. L'obiezione mossa si fonda sia sulla molteplicità delle disposizioni contenute che possono essere di natura differente, sia sulla possibilità data agli ordini di «ricorrere a usi normativi che essi ritengano sussistenti e appropriati alla fattispecie, ovvero formare una regola deontologica non consuetudinaria»⁷. Una diversa teoria fa derivare la giuridicità delle previsioni deontologiche dalle leggi o regolamenti che li richiamano⁸. Essa non permette, però, di ricostruire in modo compiuto l'istituto. Infine, una parte della dottrina ha ritenuto che tali disposizioni servano a concretizzare le clausole generali ex artt. 1176, 1337 e 1375 c.c.⁹. Questa visione pare riduttiva, non ricomprendendo altre finalità quale, ad esempio, quella disciplinare, che pure ha un ruolo essenziale.

Tali tesi contengono tutte un fondo di verità. Tuttavia, la prospettiva di analisi basata principalmente sul sistema delle fonti, seppur utile sul piano sistematico e di inquadramento del fenomeno, non permette di valutare pienamente le ragioni poste a fondamento dei codici deontologici, la loro portata, efficacia giuridica

ne. Ma soprattutto Cass., SS.UU., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, I, 3167: «Nell'ambito della violazione di legge, va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all'albo che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare». V. anche Cass. pen., sez. III, n. 16145/2008.

⁶ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Padova, 2008, p. 35-36. Condivisibile è la critica alla tesi secondo cui i codici deontologici costituiscono condizioni generali di contratto. Sulla natura consuetudinaria delle norme deontologiche G. ALPA, *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in www.consiglionazionaleforense.it.

⁷ A. D'ANGELO, *Diritto deontologico e giurisdizione degli ordini professionali sulla responsabilità disciplinare dell'avvocato*, commento a Cass., SS.UU., 4 ottobre 2000, n. 1053, in *Danno e resp.*, 2001, p. 617. Sulla distinzione fra consuetudine deontologica e autoregolamentazione cfr. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.

⁸ V. ex multis A. BELLELLI, *Legge sulla privacy e codice deontologico dei giornalisti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 23 ss.; P. BILANCIA-F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 148.

⁹ V. ex multis E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 931, secondo cui le norme deontologiche danno contenuto alle clausole generali. Contra V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, p. 23. A. BELLELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, II, p.579 ss., mette in luce la loro funzione esclusivamente indiziaria.

e incidenza interna ed esterna¹⁰. Essi attengono al fenomeno di produzione negoziale del diritto¹¹, che vincolano tutti gli aderenti all'ordine e creano legittimi affidamenti nei soggetti che entrano in contatto con loro.

Simili ai codici etici di impresa, se ne distinguono perché, pur essendo un atto di autonomia della singola categoria, la funzione sociale prevale su quella privata, diversamente dai *codes of ethics* in cui entrambe le finalità sono di pari importanza. Nei primi è considerata la struttura e il ruolo della professione nella società: la deontologia, infatti, ha portata ed interesse generale, essendo attinente alla correttezza e rispondenza della prestazione professionale a regole specifiche della categoria e del sapere da essa esercitato. Nei secondi l'interesse dei singoli *stakeholders* è sempre valutato e bilanciato con quello degli *shareholders*¹².

2. LA LORO EVOLUZIONE

Storicamente i codici deontologici trovano la loro radice nelle corporazioni medievali e nei loro statuti. Esse servivano a regolare il mercato, a disciplinare la condotta dei loro membri e fornivano l'assistenza necessaria, anche con riferimento al profilo della formazione dei giovani, ma soprattutto fissavano *standards* qualitativi¹³, vietando condotte gravi e dannose per il consumatore. Questo emerge con chiarezza esaminando le regole che le corporazioni stesse si davano. A Firenze era vietato ai tessitori mischiare filature di lino e di lana, i calzolai dovevano indicare quando utilizzavano insieme pelli di cavallo e di pecora. In Germania, i macellai non potevano aggiungere acqua nei polmoni e nelle viscere degli animali per aumentarne il peso e particolare attenzione veniva posta nell'impedire quei comportamenti che non era possibile rilevare se

¹⁰ A. GAMBARO, *Alcuni aspetti istituzionali della cosiddetta globalizzazione*, in *Soc. e dir.*, 2005, p. 246.

¹¹ Cfr. N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 307 ss.

¹² Sull'*enlightened shareholder value*, cfr. G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Milano, 2014, 121 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 432 ss., su cui G.B. PORTALE, *La società per azioni. Principi e problemi, (Scintillae iuris)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 135 ss.

¹³ R. CRANTON, *Competition and the Incentive to Produce High Quality*, in 70, *Economica*, 2003, p. 385 ss., in cui è analizzato il rapporto fra qualità della prestazione e corporazioni. In tal senso v. anche S.R. EPSTEIN, *Craft Guilds, Apprenticeship, and Technological Change in Preindustrial Europe*, in *58 Jour. of Econ. History*, 1998, p. 684 ss., il quale ritiene che esse favorissero l'innovazione.

non molto tempo dopo. In tal senso non era permesso ai peltrai di aggiungere troppo piombo al peltro. L'effettività di queste disposizioni, che potevano, se violate, portare alla espulsione e al divieto di svolgere ancora il mestiere, era garantita da controlli e dalla possibilità data gli acquirenti di potersi lamentare.

L'attenzione nei confronti della qualità dei prodotti e della diligenza della prestazione si avvertiva non solo in Europa, ma anche nel Medio Oriente. In Marocco, «if by chance one of them failed in this respect, everyone rose in protest against him, beginning with his peers, for the dishonor he incurred might affect them. ... There existed for many of the guilds a pillory where defective articles were exposed with the name of the inferior worker; thus the whole city quickly knew that so-and-so was a dishonest artisan and he had no other expedient but to leave the city»¹⁴. Analogamente in Egitto lo *shayk* garantiva l'onestà del comportamento dei membri del gruppo e aveva il potere di punire o espellere coloro che contravvenivano alle direttive stabilite. Le corporazioni venivano, quindi, considerate come una garanzia di qualità e si avvertiva fortemente la necessità di una tutela, seppur spesso in forma embrionale, del consumatore.

Questo elemento connesso alla protezione della reputazione della corporazione e del consumatore nei confronti di condotte dolose o gravemente negligenti si accompagnava ad aspetti ritenuti monopolistici o comunque limitativi della concorrenza. Oggi, una parte della dottrina discute la completa veridicità di questa affermazione¹⁵. Infatti, si è sottolineata l'evoluzione nella definizione di monopolio dai primi studi a quelli successivi agli anni '50 del XX secolo, che è andata chiarendosi e specificandosi¹⁶. Adam Smith

¹⁴ R. CRANTON, *Competition and the Incentive to Produce High Quality*, cit., p. 397-398.

¹⁵ V. G. RICHARDSON, *A Tale Of Two Theories: Monopolies And Craft Guilds in Medieval England And Modern Imagination*, in *Jour. of the Hist. of Econ. Thoughts*, 2001, p. 217 ss.

¹⁶ Schumpeter constata il connotato negativo assunto dal termine monopolio: «loaded with emotion, a bugbear for all time to come, that was in the mind of the average Englishman associated with royal prerogative, favoritism, and oppression; and Monopolist became a term of opprobrium. But once a word has acquired an emotional value, positive or negative, that guarantees automatic reaction from almost anyone who hears or reads it, speakers and writers will try to exploit this psychic mechanism by applying the word as extensively as possible. And so monopoly came to denote almost anything that a man disliked about capitalist practice», in J. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 155. Tuttavia osserva che «so firmly we're convinced that the competitive case was the obvious thing, familiar to all, that they did not bother to analyze its logical content. In fact, the concept was usually not even defined. It just meant the absence of monopoly, which was considered abnormal and vigorously condemned, but was not properly defined either ...» (p. 673).

stesso adotta questo termine per fattispecie che oggi sono considerate diverse. Non solo: il concetto differisce in modo significativo nell'utilizzo degli storici e degli economisti, i quali ne danno un'interpretazione più rigorosa e ristretta. Pertanto, quando si afferma la natura monopolistica delle corporazioni, non sempre si fa riferimento al significato attuale. Come tutti i fenomeni complessi e di lunga durata, esse, poi, erano diverse a seconda del mestiere, del contesto geografico, del periodo storico: diverso era quindi il tipo e la misura di controllo esercitato¹⁷. Spesso ad una restrizione sulla produzione esercitata dalla corporazione di una città si accompagnava una totale libertà ed una competizione assoluta nel commercio. Va dunque sottolineato come gli elementi monopolistici fossero di gran lunga inferiori e meno rilevanti rispetto a quelli relativi al controllo qualitativo e di coesione.

A partire dai primi anni del XX secolo il ritorno all'idea dell'etica corporativa si fondava ovviamente sulla considerazione pragmatica per cui solo gli esperti di una specifica arte o mestiere potevano essere a conoscenza di tutti i dettagli tecnici, grazie alla cui puntuale descrizione gli enunciati normativi potevano divenire efficacemente performativi: pertanto solo chi a livello intellettuale possedeva completamente i *know how* specifici, poteva giudicare le condotte di chi quell'attività doveva poi svolgere in concreto. Simile approccio pragmatico si opponeva alla concezione del pianificatore pubblico demiurgico che pure era in voga nei medesimi anni, assumendo o prendendo a prestito l'idea fondamentale di Van Hayek per cui era impossibile che il pianificatore o il legislatore potesse avere tutte le informazioni necessarie per regolare le attività diversificate e ipercomplesse come quelle nate dalla rivoluzione industriale e dalle sue conseguenze¹⁸.

Una ragione ulteriore si rinveniva anche nell'abbassamento dei costi sociali, giacché era ritenuto più efficiente che la disciplina di

¹⁷ G. RICHARDSON, *A Tale Of Two Theories: Monopolies And Craft Guilds in Medieval England And Modern Imagination*, cit., p. 233 ss. Vengono, inoltre, distinte tre tipologie di corporazioni:

a) quelle che producevano beni di consumo e per cui vi era un mercato a livello regionale, provinciale e anche statale;

b) le corporazioni che fornivano servizi di lusso. In tali fattispecie la domanda estremamente elastica impediva che ci fossero delle distorsioni di mercato;

c) i mestieri che convertivano materie prime in beni di consumo alimentare. Queste erano le ipotesi in cui si assisteva ad un maggior controllo del mercato. Tuttavia il prezzo poteva essere alzato solo fino ad un certo livello perché vi erano comunque varie alternative.

¹⁸ V. F. BENATTI, *Etica, Impresa Contratto e Mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014.

arti o mestieri fosse in parte lasciata a chi era già in possesso delle conoscenze necessarie, piuttosto che a soggetti i quali, invece, dovevano acquisire quelle stesse informazioni con un procedimento maggiormente oneroso e spesso non completo.

Nella realtà attuale si assiste ad una grande rilevanza in ogni settore dell'autoregolamentazione, di cui i codici deontologici sono espressione, anche per la spinta propulsiva dell'Unione europea. Essi sono un fenomeno complesso, con profonde radici storiche ma che ha trovato una nuova spinta sulla base di motivazioni pragmatiche, logiche e di efficienza. I codici costituiscono una forma di *self-regulation* che consente di anticipare e rispondere ai bisogni della società, bilanciando gli interessi propri della professione con quelli degli attori esterni. Si tratta del riconoscimento di altre forme di produzione del diritto anche per colmare le lacune della legislazione e contribuire al progresso delle regole in presenza di una realtà in continua evoluzione. In particolare, l'aggiornamento continuo dei codici deontologici ne permette un migliore e più flessibile adeguamento nei confronti dei cambiamenti. Essi sono l'affermazione dei valori e dei principi di una categoria, ma vengono fortemente influenzati dal contesto sociale, giuridico, economico di cui riflettono anche le esigenze. In Brasile, dove sono forti le diseguaglianze, il codice deontologico impone all'avvocato «ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos». Così in India viene ricordato nella premessa che la comunità giuridica «ha sempre svolto una funzione fondamentale nel plasmare il futuro del paese. A parte il ruolo importante svolto nell'amministrazione della giustizia di una delle più grandi popolazioni al mondo, è stato anche alla guida di diversi cambiamenti nella politica. Nel corso della transizione dell'India ad un'economia globale, la comunità giuridica ha continuamente migliorato i propri standard per rispondere alle questioni sollevate dalla demografia unica dello Stato»¹⁹. È, quindi, un rapporto di continuo e reciproco scambio fra

¹⁹ V. anche Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo e codice deontologico degli avvocati europei che si richiama al ruolo nella società dell'avvocato: «In a society founded on respect for the rule of law the lawyer fulfils a special role. The lawyer's duties do not begin and end with the faithful performance of what he or she is instructed to do so far as the law permits. A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he or she is trusted to assert and defend and it is the lawyer's duty not only to plead the client's cause but to be the

(segue)

società e ordini, testimoniato dal costante aggiornamento di questi documenti e dalla partecipazione alla loro redazione anche di soggetti non membri della categoria.

I codici servono a regolare i rapporti fra i vari soggetti che entrano in contatto con le professioni in attività in cui la valutazione della qualità è complessa e richiede che le parti abbiano precedentemente determinate informazioni per poter compiere il proprio giudizio. È stato lucidamente osservato come «Dans les services professionnels, l'incertitude sur la qualité des prestations échangées est très importante compte tenu du fait qu'il s'agit d'une mobilisation de moyens et de compétences dont l'évaluation s'avère extrêmement délicate. ... Les codes de déontologie constituent une grammaire commune d'interprétation de la qualité»²⁰.

Spesso, però, sono guardati con sospetto quali simboli di interessi corporativi nel senso deteriore del termine, senza percepirne la reale portata e ruolo: infatti, mentre sono scomparsi gli aspetti monopolistici o protezionistici, essi mantengono una pluralità di funzioni tra cui la tutela del decoro e della dignità della professione, il controllo della diligenza della prestazione, la corretta amministrazione di settori specifici, la tutela dell'utente.

3. I CODICI E LA CONCORRENZA

Un esempio della difficoltà di inquadramento dell'istituto si avverte nella loro qualificazione come intese di associazioni di imprese aventi profili anche limitativi della concorrenza, opinione che sembra oggi affermarsi nella giurisprudenza comunitaria²¹ e in quella dell'AGCM. Pur potendo apparire *prima facie* corretta, essa incontra delle critiche perché non tiene conto sia delle funzioni dei codici sia del contesto in cui essi vengono applicati. Ciò comporta in concreto un travisamento della fattispecie, con effetti potenzialmente distorsivi e opposti rispetto a quelli che si vorrebbero ottenere.

client's adviser. Respect for the lawyer's professional function is an essential condition for the rule of law and democracy in society».

²⁰ H. ISAAC, *Ethique ou déontologie: quelles différences pour quelles conséquences managériales? L'analyse comparative de 30 codes d'éthique et de déontologie*, presso <http://basepub.dauphine.fr>; Id., *Les normes de qualité dans les services professionnels: une lecture des pratiques à travers la théorie des conventions*, in *FCS*, 1998, p. 113 ss.

²¹ Corte CE, 18 luglio 2013, causa C-136/12, Consiglio Nazionale Geologi v. AGCM.

Innanzitutto, diversa natura hanno i soggetti che si occupano della elaborazione, adozione ed *enforcement* dei codici. Si è sostenuto con riguardo al Consiglio Nazionale Forense nella svolgimento della funzione deontologica, ma con osservazioni valide per ogni organo professionale di categoria, che esso è «un ente pubblico non economico, in quanto opera sotto vigilanza dello Stato, con strumenti pubblicistici e per scopi di carattere generale»²². Il suo ruolo non deriva da un accordo degli appartenenti all'ordine, quanto piuttosto dalla legge.

In secondo luogo differenti sono anche i destinatari del codice. Se è vero che la nozione di impresa, soprattutto quella adottata in ambito comunitario, è estesa e comprende tutti i soggetti che svolgono una attività economica, non si può non avere riguardo ai particolari connotati dei professionisti e alla natura della prestazione che svolgono. Si tratta di una realtà varia, dove sussistono interessi molto diversi, a volte confliggenti e, anche se la definizione fosse corretta, non si può non considerare che, quando sono coinvolti beni costituzionalmente protetti, si pone la necessità di una regolamentazione più attenta e precisa. È la natura della prestazione che rende i destinatari del codice intrinsecamente diversi da una generica impresa. D'altra parte la stessa Corte di giustizia Europea, affrontando il tema in una controversia relativa all'Ordine olandese degli avvocati, ha negato che esso costituisca un'impresa o un gruppo di imprese ai sensi dell'art. 86 del Trattato²³.

Infine l'esame di questi documenti dovrebbe essere fatto in concreto, trattandosi di testi complessi, alla luce delle singole disposizioni contenute, proprio per la molteplicità dei profili che sono affrontati e le differenti funzioni che le singole norme perseguono. Esse possono essere obbligatorie o di mero indirizzo, strettamente deontologiche, disciplinari, economiche, di concretizzazione e specificazione di disposizioni legislative. Va però osservato come la regolamentazione economica non è mai fine a stessa, ma serve a tutelare altri principi e valori quali la dignità, l'onore, il decoro e la diligenza nello svolgimento dell'attività professionale. I codici sono espressione di un'etica delle professioni ed è stato giustamente constatato che «l'ordinamento è sensibile non solo a una

²² T.A.R. Lazio, sez. III, 12 settembre 2009, n. 8648; T.A.R. Lazio, sez. III, 17 luglio 2009, n. 7081.

²³ Corte CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99.

morale di carattere generale che vale per l'intera società, ma altresì alla morale costruita, elaborata, rispettata nell'ambito di una cerchia più ristretta come è, ed è questo il significato della parola correttezza professionale, l'etica della categoria degli operatori economici»²⁴.

Pare, inoltre, opportuno evidenziare il parallelo con i *codes of ethics* di impresa e il ruolo che essi hanno nelle scelte e nella tutela del consumatore. In entrambe le fattispecie la norma etica o deontologica fissa esempi di riferimento o parametri di valutazione della condotta per il giudice, rafforza gli obblighi di legge o regolamenti, ne riempie le lacune, concretizza le clausole generali. Essa può essere anche più restrittiva di quella legale. Infatti, l'acquisto di un bene prodotto da una società che ha un suo proprio documento etico o aderisce ad uno di categoria, si fonda anche sul forte convincimento che siano rispettate non solo le disposizioni di leggi e regolamenti, ma soprattutto i principi spesso più stringenti affermati nel codice. Così ci si potrà attendere una politica imprenditoriale più rispettosa dell'ambiente, una maggior tutela del lavoro, un investimento significativo nella ricerca. Ugualmente il consumatore che si rivolge ad un professionista fa affidamento che la sua condotta sia improntata a quelle regole e valori contenuti nei codici deontologici. La differenza sostanziale fra queste due fattispecie è la volontarietà della scelta dell'impresa che può decidere se prevedere un documento etico e con quali caratteristiche, mentre il codice deontologico è obbligatorio e uniforme per tutti gli appartenenti all'ordine.

In realtà questa distinzione è oggi in concreto più sfumata, perché la scelta di avere un *code of ethics* pare sostanzialmente obbligata per tutte le imprese che operano sul mercato. Infatti, non averlo comporta uno svantaggio nei confronti dei concorrenti con la perdita anche di spazi di mercato e soprattutto la sua adozione è guardata con favore dalla legislazione. Si possono ricordare sia il D.Lgs. n. 231/2001, che dà grande rilevanza al codice etico come parte integrante del modello organizzativo, sia la nuova disciplina sul *rating* di legalità, che favorisce l'accesso al credito per le imprese. Ciò ha portato anche ad una standardizzazione significativa dei contenuti e delle clausole dei codici.

²⁴ P. RESCIGNO, *Etica delle professioni, deontologia, codici di categorie*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, p. 488.

Questa differenza trova il suo fondamento nella diversa natura delle prestazioni svolte e nella necessità di una tutela più intensa per l'utente quando sono coinvolti beni costituzionalmente garantiti quali la salute, la giustizia, la dignità della persona, il territorio. È evidente, quindi, la necessità di fissare con chiarezza le regole e i valori ai quali deve essere conformata la condotta. Essa si riflette anche nello stile diverso dei codici deontologici dal tono imperativo, in cui la nozione di dovere, evidente nell'uso dei verbi modali, è centrale. Frequentemente ripetuti sono anche i concetti di professione, professionalità, qualificazione²⁵.

L'uniformazione non è però tale da restringere la concorrenza quanto mira piuttosto a disciplinare in modo ordinato e corretto il mercato a protezione dei consumatori e degli stessi appartenenti all'ordine, soprattutto quelli più vulnerabili. È evidente, infatti, che ciò che si cerca di ottenere attraverso i codici sono anche il rispetto della dignità dell'onore, del decoro della professione e la diligenza e correttezza nello svolgimento della prestazione. All'interno di questo quadro valoriale il professionista potrà compiere le scelte ritenute più opportune e differenziare come ritiene la sua prestazione. Questo emerge con chiarezza osservando la variegata realtà dell'avvocatura italiana dove coesistono realtà di grandi, medie e piccole dimensioni, nazionali o internazionali, specializzate in attività giudiziale o extragiudiziale. Vi è una totale libertà nel modo di porsi sul mercato, con il solo limite posto dai principi legali e deontologici. Un ragionamento analogo può essere sviluppato anche con riferimento alle altre professioni. Peraltro va ricordato come la concorrenza stessa non sia un valore *in re ipsa*, ma solo se permette il perseguimento e la tutela di altri e superiori principi. È chiaro che deve essere fatto sempre un esame delle singole disposizioni e perciò, ad esempio, norme che fissino limiti alla tipologia di studio professionale fondati su dimensioni, età, razza sarebbero sicuramente restrittive della concorrenza e in violazione di valori fondamentali. Essi devono, poi, essere sempre ragionevoli ed equilibrati.

²⁵ Sul tema del linguaggio nei documenti etici v. F. BENATTI, *Etica, Impresa contratto e mercato*, cit., p. 40 ss.

4. IL TEMA DELLE TARIFFE

Espressione di una visione erronea dei codici deontologici è il provvedimento dell'AGCM²⁶ con cui è stato sanzionato il CNF per una mera nota interpretativa, dichiarata poi superata e non vincolante per l'interpretazione e l'applicazione del nuovo codice, secondo cui il professionista che fissi tariffe significativamente inferiori al minimo potrebbe incorrere in un illecito deontologico. È noto che in seguito al decreto Bersani, che ha recepito la direttiva europea, è stato abolito il sistema tariffario e quindi vi è libertà assoluta nello stabilire il corrispettivo per una prestazione professionale. Il parere del CNF, invece, secondo la lettura data dall'Autorità, servirebbe a reintrodurre in concreto l'obbligatorietà delle tariffe minime per le prestazioni professionali degli avvocati abolita dal legislatore.

Senza entrare nei termini della questione e cioè se la successiva dichiarazione del CNF con cui la nota era considerata superata fosse sufficiente, come pare, a far ritenere ingiustificato o, quanto meno, eccessivamente sanzionatorio l'intervento dell'AGCM, ciò che va sottolineato è l'interpretazione non corretta dell'atto. Il tenore letterale del documento fa emergere come non sia stata messa in discussione la possibilità di fissare gli onorari ritenuti opportuni. Tuttavia, in presenza di compensi molto bassi o irrisori, vi è la necessità di particolare cautela e di un esame in concreto perché potrebbero costituire un illecito deontologico ed essere in violazione di quegli standard di correttezza, diligenza che gli ordini attraverso i codici e la funzione disciplinare mirano a tutelare.

La scelta di onorari che sono molto al di sotto del costo della prestazione può determinare problemi di tutela del mercato e del consumatore. Come di fronte ad un bene dal prezzo assai inferiore a quello dei concorrenti ci si interroga sulle ragioni del basso costo e quindi sulla qualità del materiale, sull'uso di *forced labour*, così davanti ad un onorario professionale irrisorio vanno esaminate le ragioni per cui esso è ritenuto congruo. L'avvocato potrebbe non investire nell'aggiornamento, a cui è obbligato, servirsi di praticanti non retribuiti oppure non attentamente formati. Ci potrebbe, poi, essere scarsa cura e attenzione nella prestazione, considerata

²⁶ Provv. AGCM 22 ottobre 2014, n. 25154.

meno redditizia di altre. Va anche sottolineata l'asimmetria di potere contrattuale ed economico tra professionista, soprattutto se giovane, e cliente, che potrebbe spingerlo ad applicare compensi irrisori nel timore di non perdere il lavoro. Diversamente, invece, potrebbe essere solo una strategia di posizionamento sul mercato, pertanto legittima.

Tutte queste fattispecie sono nei fatti possibili, ma è opportuno che vi sia un controllo a priori stante la natura della prestazione per evitare sfruttamento del lavoro, scarsa qualità del servizio a danno del cliente e della stessa società. È stato efficacemente affermato che, «se è vero che una tariffa che fissi onorari minimi non può impedire ai membri della professione di fornire servizi di qualità mediocre, non si può escludere a priori che tale tariffa consenta di evitare che gli avvocati siano indotti, in un contesto come quello del mercato italiano - il quale, come risulta dal provvedimento di rinvio, è caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati iscritti ed in attività - a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti»²⁷.

Il bilanciamento degli interessi impone, dunque, agli ordini di vigilare attentamente e il codice con i suoi atti interpretativi pone quei limiti e quei principi che devono essere rispettati. Essi non restringono il comportamento dei professionisti sul mercato, ma impediscono che una concorrenza selvaggia e indiscriminata comporti rischi più gravi, su beni fondamentali della persona e della società.

5. LA CONCRETIZZAZIONE NEI CODICI DELLA DISCIPLINA SULLA PUBBLICITÀ

Una delle principali funzioni dei codici deontologici è la concretizzazione di clausole generali, come quelle di dignità, diligenza, e la specificazione di condotte riferibili a concetti indeterminati²⁸ con la fissazione di parametri di valutazione per il giudice. Ciò è evi-

²⁷ Corte CE, 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla contro Portolese e altri.

²⁸ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta, Milano, 1970, p. 171.

dente se si considera come siano individuati i doveri di correttezza del professionista in relazione alle singole categorie con cui viene in contatto, individuando le condotte che devono essere tenute e i comportamenti da evitare.

La questione si è posta principalmente con riguardo alle caratteristiche e ai limiti della pubblicità dei professionisti. A seguito del decreto Bersani, essa è ammissibile purché sia veritiera, corretta, non equivoca, ingannevole e denigratoria. Vengono, poi, ammesse limitazioni nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione. Queste disposizioni necessitano di una precisazione ai fini di una loro applicazione concreta e il compito spetta agli ordini, proprio perché essi sono nella posizione migliore per poterla effettuare disponendo delle competenze e informazioni adeguate.

L'AGCM si è, invece, espressa in senso contrario, affermando che il codice deontologico dell'Ordine dei medici e odontoiatri sia restrittivo della concorrenza nella parte in cui non permette l'utilizzo di piattaforme digitali e vieta la pubblicità comparativa²⁹. Un provvedimento analogo è stato preso nei confronti del CNF con riguardo all'art. 19 del codice deontologico e alla sua implementazione³⁰. Vietando «ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e decoro», esso proibisce all'avvocato di utilizzare «vetrine virtuali». Il meccanismo di queste piattaforme è riconducibile allo schema dell'intermediario per l'accaparramento di clientela. Il professionista, infatti, conclude un contratto con una banca dati, la quale a fronte di un corrispettivo si impegna a pubblicare annunci di prestazioni professionali scontate per coloro che sono iscritti. Questo avviene o mediante offerte giornaliere di promozioni della natura più diversa o attraverso una carta sconti che permette di ottenere dei vantaggi dalle imprese iscritte al circuito. Ciò che rileva è il prezzo; gli altri aspetti della prestazione risultano indeterminati o comunque non sufficienti per una scelta consapevole³¹.

²⁹ Provv. AGCM 4 settembre 2014, n. 25078.

³⁰ Provv. AGCM 22 ottobre 2014, n. 25154.

³¹ Cfr. il codice deontologico medico irlandese: «If you consider publicising information further than that specified in paragraph 54.2 in relation to services you provide, either directly or indirectly, you must make sure that the information published in the advertisement is true, verifiable, does not make false claims or have the potential to raise unrealistic expectations. This should include information about any inherent risks associated with the services provided». È chiaro come questo automaticamente escluda offerte o pacchetti tramite piattaforme digitali. V. anche il codice deonto-

(segue)

Tali decisioni dell'AGCM suscitano perplessità. Innanzitutto, contrastano con la dignità delle prestazioni professionali e con la delicatezza e rilevanza degli interessi coinvolti l'inserimento e l'accomunamento in vetrine virtuali insieme a offerte di vario genere, come quelle di ristoranti, estetica, palestre. Non sembra neppure che il prezzo scontato possa essere un elemento unificante né che sia opportuno.

Anche volendo superare le ragioni connesse al decoro delle professioni, che pure paiono significative, motivazioni di correttezza e buon funzionamento del mercato e di efficienza possono essere portate a sostegno della erroneità di queste decisioni. Esse potrebbero trovare un fondamento se ci si trovasse in una situazione di concorrenza perfetta e di assenza di asimmetria informativa fra consumatore e professionista. In concreto, ciò non avviene: l'utente non è nelle condizioni di comprendere appieno i dati che gli vengono forniti, non è in grado di verificare se la promozione è dovuta al fatto che vengano utilizzate tecniche meno innovative o se invece la pubblicità è corretta e adeguata. Questo è ancora più evidente nella pubblicità comparativa, dove l'unico elemento generalmente valutabile è il prezzo, che però non è idoneo a fornire un quadro preciso ed infatti è vietata in tutti i codici deontologici. Un esempio è il *codigo* deontologico de la *abogacia espanola*, dove è imposto il divieto di «establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de auto alabanza». Anche in Germania, dove pure si assiste una progressiva apertura nei confronti delle pubblicità professionali, è assolutamente vietato al medico di effettuare comparazioni, ma anche di utilizzare slogan enfatici come «Qui avrete la cura migliore» o generici, poco chiari e decettivi.

Vi è una sostanziale differenza fra il coupon per mangiare una pizza a -50% e quello per trattamenti di sbiancamento dei denti in

logico dei barristers inglesi, che prevede «Advertising or promotion must not:(a) be inaccurate or likely to mislead; (b) be likely to diminish public confidence in the legal profession or the administration of justice or otherwise bring the legal profession into disrepute; (c) make direct comparisons in terms of quality with or criticisms of other identifiable persons (whether they be barristers or members of any other profession);(d) include statements about the barrister's success rate;(e) indicate or imply any willingness to accept instructions or any intention to restrict the persons from whom instructions may be accepted otherwise than in accordance with this Code; (f) be so frequent or obtrusive as to cause annoyance to those to whom it is directed».

tre sedute con una tariffa inferiore del 50%³². Se la struttura del messaggio è apparentemente uguale, nel primo caso il consumatore riesce a valutare la proposta e può scegliere se provare un nuovo ristorante, incentivato dallo sconto; nel secondo non ha una conoscenza adeguata per valutare le ragioni del basso prezzo. Oltretutto, utilizzando queste piattaforme digitali il pacchetto viene acquistato prima di poter parlare con il professionista e farsi spiegare le modalità, le caratteristiche, i rischi della prestazione.

In queste fattispecie, il limite posto dal codice deontologico non è restrittivo, ma serve ad impedire che vi sia una promozione equivoca ed erronea tale da falsare la percezione dell'utente o da indurlo in errore. Si cerca, attraverso la specificazione dei requisiti fissati dalla legge, di colmare l'asimmetria informativa: non può essere corretta, se non formalmente, una promozione che non permette di prendere una decisione consapevole³³.

Neppure risulta convincente la tesi secondo cui in caso di pubblicità ingannevole o scorretta potrebbero essere utilizzati gli strumenti previsti dal codice del consumo. Anche qui è evidente il travisamento. La rilevanza degli interessi coinvolti e la natura delle prestazioni sono tali che il rimedio a posteriori è inefficiente e non compensativo: ciò che è necessario non è tanto la possibilità di avviare un procedimento davanti all'AGCM dopo che sono stati commessi errori o irregolarità, quanto la loro prevenzione. Ugualmente, non è plausibile ritenere che in settori così delicati si debba aspettare che sia il mercato a selezionare, ma bisogna intervenire prima per impedire conseguenze più gravi³⁴. La selezione deve av-

³² Così è ribadita la differenza nel codice deontologico medico francese «La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commercial». In tal senso anche la legge belga che vieta ai dentisti la pubblicità ed è stata considerata legittima dalla Corte di Giustizia, Corte CE, 13 marzo 2008, causa C-446/05.

³³ Anche nella Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo e codice deontologico degli avvocati europei è ribadito che: «Gli avvocati possono informare il pubblico dei servizi da essi offerti, a condizione che tali informazioni siano veritiere, corrette e non violino il segreto professionale e gli altri principi fondamentali della professione. 2.6.2. La pubblicità personale degli avvocati mediante mezzi di comunicazione di massa quali stampa, radio, televisione, comunicazioni commerciali elettroniche o con altre modalità, è consentita nella misura in cui avvenga in conformità al disposto dell'articolo 2.6.1.» La pubblicità deve essere, dunque, nel rispetto dei principi fondamentali della professione e deve comunque essere tale da permettere una scelta informata del cliente.

³⁴ Nelle ipotesi di offerte tramite piattaforme digitali non sarebbe utile neppure l'esame a priori delle promozioni predisposte, perché dovrebbe essere verificato anche il modo in cui vengono attuate. Peraltro, la loro stessa valutazione risulterebbe impossibile, perché non si è a conoscenza della situazione concreta in cui il professionista si troverà ad operare e quindi della sua congruità ed adeguatezza rispetto al caso.

venire, ma solo in un quadro di parametri fissi e di principi e valori, che il codice deontologico contribuisce a definire. Ritornando all'esempio precedente, il cliente non soddisfatto dalla pizza non tornerà più nel ristorante; il paziente, invece, potrebbe non avere ottenuto il risultato promesso, aver acquistato un pacchetto di trattamenti inutile o nella peggiore delle ipotesi subito danni con costi anche sociali elevati. La disciplina delle due ipotesi non può dunque essere la stessa.

Inoltre, fondandosi quasi esclusivamente su un prezzo molto inferiore a quello generalmente praticato, pare opportuno considerare che esso può risultare decettivo oppure unicamente strumentale all'accaparramento del cliente senza accompagnarsi ad una prestazione qualitativamente adeguata. È interessante sottolineare come il codice deontologico degli avvocati belgi stabilisca che «Il est interdit à l'avocat de fonder sa publicité personnelle directement ou indirectement sur des conditions financières de son intervention qui ne lui permettent pas d'offrir à ses clients une prestation de qualité, conforme à ses obligations de moyen ou de résultat». La libertà di fissare e promuovere qualsiasi tariffa incontra un limite essenziale e imperativo nella qualità che deve essere garantita al cliente³⁵.

Si noti, poi, come l'art. 19 che vieta «ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procuratori o con modi non conformi alla correttezza e decoro» non affermi un principio esclusivo del codice deontologico italiano, ma si rinvienga anche in quelli di altri paesi europei ed extra-europei. Un esempio si trova nel codice del Quebec che esplicitamente afferma il divieto di utilizzare intermediari per procurarsi dei clienti. Ancora più netto è il codice di etica e disciplina da OAB, il quale prevede «São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional».

³⁵ Peralto, anche nel codice deontologico dei sollicitors inglesi è vietato «advertising an estimated fee which is pitched at an unrealistically low level».

Nella decisione non è neppure stata considerata³⁶ la differente disciplina fra l'avvocato che utilizza un agente o procacciatore fisico e che quindi potrebbe incorrere in un illecito deontologico e quello che ricorre, invece, ad uno virtuale, reputato ammissibile. Ciò comporta una grave e irragionevole disparità di trattamento e una notevole incertezza.

Peraltro non sembra nemmeno auspicabile l'estensione della possibilità di rivolgersi ad intermediari per ottenere un aumento di clientela. Vi sarebbe una lesione significativa della dignità della categoria³⁷ e si porrebbero problemi seri di informazione. Oltre all'aspetto relativo al decoro della professione, che pure pare essenziale quando si tratta di prestazioni delicate e che incidono su beni essenziali della persona o della comunità quali possono essere la salute o l'amministrazione della giustizia, ancora una volta il rischio è che il consumatore non sia posto nelle condizioni di poter effettuare una scelta consapevole e che riceva, invece, dati equivoci, erronei, volti solo ad accaparrarlo come cliente³⁸.

Il principio secondo cui la pubblicità della attività professionali debba essere misurata, discreta e corretta³⁹ rappresenta un indirizzo consolidato a livello internazionale, ripetuto espressamente nella quasi totalità dei codici e rafforzato da considerazioni valoriali e pragmatiche, da cui non vi è ragione di distaccarsi, con decisioni di cui è difficile intravedere gli sviluppi⁴⁰. Peraltro questi provvedimenti suscitano una riflessione sulla figura stessa

³⁶ Un aspetto delicato vi è anche in relazione al fatto che il prezzo della prestazione in alcuni casi è pagato alla banca dati e non al professionista, con evidente accentuazione del suo ruolo di intermediario.

³⁷ Sottolinea l'aspetto della dignità della professione il codice deontologico medico della repubblica ceca: «A physician must refrain from all undignified activities, which either directly or indirectly involve the promotion of the physician's own person and medical practise and which in consequence amount to agitation aimed at expanding the physician's clientele. The physician may also not initiate any such activities via another party».

³⁸ È principio consolidato come dignità e decoro professionale siano un limite alla pubblicità, Cass., SS.UU., 18 novembre 2010, n. 23287. Questo emerge ancora di più quando essi sono elementi che garantiscono il corretto esercizio della professione: T.A.R. Lazio, sez. I, 25 febbraio 2011, n. 1757. La Corte di Giustizia ha, diversamente, ritenuto che il criterio decoro possa essere distorsivo della concorrenza ma ha altresì sottolineato come si debba valutare se in concreto avesse tali effetti o se invece esso permette una miglior tutela del consumatore, Corte CE, 18 luglio 2013, causa C-136/12, Consiglio Nazionale Geologi v. AGCM.

³⁹ V. il codice deontologico medico belga: «L'information donnée doit être conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire. Elle ne peut en aucun cas être trompeuse».

⁴⁰ Un tema connesso è quello del turismo delle cure mediche. L'ammissibilità in Italia della pubblicità con certe caratteristiche vietata, invece, nella quasi totalità degli altri stati, determina una concorrenza sleale a danno dei professionisti italiani. Molte strutture straniere, infatti, promuovono in Italia prestazioni sanitarie, cosa che non sarebbe consentito nel loro paese.

dell'AGCM e sulla sua evoluzione. Essa opera principalmente a tutela degli interessi economici, non etici, dei consumatori. Tuttavia, in numerose fattispecie questi possono confliggere con valori e principi superiori, determinando come in questo caso, dove vi è una pluralità di interessi di diversa natura, delle distorsioni significative. Pertanto si avverte una cautela e un'esitazione nell'affidare compiti più estesi all'Autorità proprio per le modalità con cui è configurata.

6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

I codici deontologici sono un istituto dalle molteplici finalità, che pare oggi imprescindibile nella realtà attuale. La deontologia, infatti, è un elemento strutturale della professione stessa che serve a tutelarla, a proteggere i consumatori e tutti coloro che entrano in contatto coi professionisti. Ciò è tanto più necessario in quanto sono coinvolti beni costituzionalmente protetti e la sfera fra pubblico e privato non è così nettamente separata. È stato messo in luce chiaramente come essa sia «nécessairement l'expression opérationnelle d'une éthique des affaires. L'éthique donne des principes directeurs: la règle déontologique leur donne un contenu concret»⁴¹. Gli orientamenti volti a sanzionare gli ordini per alcune disposizioni dei codici ritenute restrittive della concorrenza non tengono conto delle esigenze effettive, ma sembrano rispondere ad altri e non ben specificati e chiari interessi. Imporre principi e regole comuni è, infatti, l'unico modo per garantire una correttezza degli affari e per impedirne distorsioni. È una uniformità richiesta dal mercato stesso; ignorarlo sarebbe pericoloso.

⁴¹ A. COURET, *Droit des affaires: éthique et déontologie*, in H. LA BRUSLERIE et al., *Ethique, déontologie, et gestion de l'entreprise*, Parigi, Economica, 1992, p. 295.