

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

4 / 2019 - SUPPLEMENTO

ISSN: 2036-4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione
R. Masera - F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/ 2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, L. Ludovici, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, I. Sabbatelli, A. Sacco Ginevri, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

L. Di Brina, A. Sacco Ginevri

TEMI E PROBLEMI

DI

DIRITTO DELL'ECONOMIA

Presentazione del volume

“Liber Amicorum Guido Alpa”, organizzata il 20 febbraio 2020 presso

l'Università Luiss “Guido Carli” di Roma.

INDICE

FRANCESCO CAPRIGLIONE – <i>Una festa dell'amicizia</i>	1
ROBERTO PARDOLESI – <i>Guido, i' vorrei che tu ed io...</i>	8
ATTILIO ZIMATORE – <i>Sull'equo compenso. Spunti di riflessione dal liber amicorum Guido Alpa</i>	17
MIRELLA PELLEGRINI – <i>Innovazione tecnologica e diritto dell'economia</i>	40
MARCO SEPE – <i>Riflessioni sparse tra democrazia e diritto alla festa di un amico</i>	52
GUIDO ALPA – <i>Il saluto del festeggiato</i>	57

UNA FESTA DELL'AMICIZIA

1. Ringrazio i presenti per essere intervenuti a quella che amerei definire una 'festa della amicizia' in onore di Guido Alpa. Come sapete questa sera siamo qui riuniti per presentare un volume di scritti che numerosi studiosi di variegate discipline giuridiche hanno voluto dedicargli. La presentazione di tali lavori è affidata a quattro relatori che illustreranno alcune significative parti del *Liber amicorum* a Lui offerto, sì da consentirvi di apprezzare l'alta qualità che contraddistingue i suoi contenuti.

Ho già avuto modo di esternare i miei sentimenti di ammirazione ed amicizia per Guido Alpa nella prefazione dell'opera che questa sera gli consegniamo; tuttavia mi piace ricordare, ancora una volta, i tratti significativi della *ricerca* di questo 'grande' studioso, che con i suoi lavori ha dato un contributo di fondamentale importanza per l'approfondimento di rilevanti tematiche della scienza giuridica.

Il dato analitico che contraddistingue la sua indagine è costituito da una interpretazione dei fenomeni esaminati sempre attenta al rapporto tra norma e fatto, storia e diritto. Egli conseguentemente disancora la sua ricerca dalle tradizionali forme della dommatica giuridica per non sacrificare al rigore di un'astratta costruzione concettuale il giusto riconoscimento del ruolo e dell'apporto di coloro che partecipano al processo produttivo e a quello socio politico. Da qui i felici esiti dell'indagine sulla relazione tra *autonomia* e *controllo* protesa al rinvenimento di un razionale punto di conciliazione tra la logica del libero mercato e la contestuale esigenza di tener ferme le regole della correttezza e della buona fede, nonché la tutela di tutti gli interessi socialmente rilevanti. Le soluzioni cui, per tal via, il *nostro* Amico perviene - oltre ad esprimere equilibrio, senso di giustizia e amore per la libertà - accertano gli ambiti dell'autodisciplina e la possibilità di riconoscere la formazione negoziale del diritto quale fattore unificante di variegati fenomeni.

L'utilizzo di tale metodologia gli consente, altresì, di mediare tra gli eccessi dell'eterodirezione e quelli dell'autoregolazione allorché la sua indagine è rivolta al *contratto*; ed invero, con riguardo a quest'ultimo viene prospettata una originale interpretazione delle regole generali che è informata alla *funzione normativa* che connota l'attività negoziale. In un contesto operativo caratterizzato sempre più dalle *asimmetrie* registrabili nelle fattispecie negoziali Egli ravvisa una fonte di sicurezza dell'*agere* contrattuale nel riconoscimento di un peculiare valore disciplinare alla manifestazione di volontà delle parti che esprime, attraverso il momento della cooperazione, l'autonomia delle stesse. Ciò con evidente incidenza sui mobili confini della materia civilistica e, più in generale, sulla distinzione tra 'diritto privato' e 'diritto pubblico' che Egli ritiene destinata al superamento, come ha espressamente ribadito in alcuni suoi scritti recenti.

2. Non posso omettere in questa sede un cenno agli studi di Guido Alpa riguardanti le tematiche del 'diritto privato europeo' e gli articolati aspetti del 'diritto dell'Unione'. Da *euroentusiasta*, come si autodefinisce, Egli non segue la diffusa prospettiva dottrinale di un sistema europeo caratterizzato da una logica concorrenziale in *divenire*, mentre da spazio ad una riflessione che, con profondo senso di concretezza, ritiene che siano ormai maturi i tempi per realizzare le condizioni disciplinari unitarie, a fondamento dell'appartenenza all'UE.

“È, questa, una visione che, lungi dal poter essere relegata in un ambito di utopico ottimismo, appare basata su una realistica valutazione dei risultati di 70 anni di storia comune tra gli Stati membri.” Guido Alpa ha ben presente i traguardi raggiunti con l'affermazione di un omogeneo *framework* normativo, fondato su condizioni di parità anche disciplinari dei cittadini europei, con la costruzione di un processo *euroirreversibile*, con la definizione di un'Unione Bancaria Europea in grado di uniformare i criteri guida dell'ordinamento finanziario dell'Unione, evitando

disparità nell'azione di vigilanza ora assegnata unitariamente alla BCE. Egli assume una posizione di responsabile previsione delle possibili criticità, cui l'UE è esposta, in presenza di crescenti movimenti nazionalisti che introducono pericolose *tendenze divisive*, destinate ad incidere negativamente sul consolidamento delle conquiste conseguite in oltre mezzo secolo di storia comune.

A ben considerare, i numerosi scritti di Guido Alpa che hanno ad oggetto la «questione europea», nel chiarire il ruolo svolto dalla politica e dalla tecnica nella ricerca di soluzioni congrue rispetto all'obiettivo di una parità di condizioni tra i paesi UE, individua i limiti dell'azione fino ad oggi svolta, recando un significativo contributo scientifico alla definizione di opportune forme di raccordo tra le medesime, tra giuridico ed economico.

La sua analisi del processo di formazione del 'diritto privato europeo' risulta, dunque, ispirata dall'intento di conciliare i caratteri fondanti della tradizione giuridica classica con la difficile prospettiva transnazionale tesa all'unitarietà del sistema disciplinare. Di fondo emerge il convincimento che solo l'abbandono dei particolarismi, di esasperate visioni individualistiche (quali si rinvencono a base dei movimenti sovranisti) renderanno possibile la realizzazione delle forme di coesione e solidarietà (tra i popoli UE) necessarie per dare concretezza al 'sogno' dei *padri fondatori* della CEE, per conformare il processo d'integrazione europea al noto principio dell'«unità nella diversità».

3. Vorrei completare la mia breve presentazione della figura di Guido Alpa con alcuni ricordi personali che ne evidenziano il carattere di giurista dai molteplici interessi, sempre pronto alla verifica delle 'nuove frontiere del diritto', a superare gli ostacoli che queste pongono all'interprete, a soddisfare la sua *curiosità* di conoscere per donare agli altri gli esiti della sua ricerca.

Il mio pensiero va, in primo luogo, al felice periodo vissuto, nell'ultimo de-

cennio degli anni Novanta del '900, assieme ad altri docenti universitari impegnati nei corsi di *banking law* della *summer school* organizzata dalla Università di Malta e diretta da Guido Alpa. Partecipavano in qualità di docenti alcuni giovani studiosi - tra cui Mads Andenas, Giuseppe Conte Vincenzo Troiano, Andrea Zoppini - con i quali fiorì presto un interessante dibattito dialettico sulle problematiche poste dal Trattato di Maastricht e dal Testo Unico Bancario emanato nel 1993. La vivacità intellettuale di Guido gli consentì di identificare, già all'epoca, alcune tra le più delicate questioni che il dibattito scientifico degli anni successivi avrebbe evidenziato; mi riferisco, tra l'altro, alla configurabilità di un nesso tra la creazione della 'moneta unica' e la tesi del *neofunzionalismo* di Monet, alla individuazione della portata disciplinare della 'sana e prudente gestione' delle banche e alle soluzioni ipotizzabili con riguardo alla questione della responsabilità civile delle amministrazioni di controllo.

Del pari, mi piace ricordare lo sforzo comune impiegato nel predisporre il 'progetto scientifico' riguardante la realizzazione del primo Commentario del Testo Unico della Finanza. La consapevolezza di essere in presenza di una compiuta regolamentazione degli «intermediari» e dei «mercati», che si accompagnava ad importanti innovazioni del diritto societario, ci indusse a ravvisare necessaria un'analisi che potesse avvalersi dell'apporto scientifico dei più illustri studiosi della materia. Da qui la partecipazione di autorevoli Maestri, tra cui Giorgio Oppo, Gustavo Minervini, Agostino Gambino, Pietro Rescigno, nonché di insigni esponenti delle istituzioni finanziarie, come Mario Draghi, Vincenzo Catapano, Bruno Bianchi.

In tale occasione il *nostro* Amico fu particolarmente attento nel valutare l'obiettivo primario della nuova disciplina, da Lui individuato nella *stabilità* e *trasparenza* degli intermediari finanziari, la cui condotta viene assunta a presupposto per l'affermazione di un sistema concorrenziale. Egli ci offre, quindi, una costruzione nella quale, peraltro, non si trascura di considerare ugualmente rilevante il raffor-

zamento della tutela dei consumatori; donde la proposizione di due modelli di lettura del TUF: uno che fa capo all'indirizzo pubblicistico/bancario, orientato al buon funzionamento del mercato, l'altro volto all'indirizzo privatistico essendo mirato alla salvaguardia degli interessi dei risparmiatori/consumatori. In tale contesto logico le modifiche del diritto societario riguardanti la disciplina degli emittenti, degli assetti proprietari, la contendibilità dei possessi azionari, le deleghe di voto, il ruolo e la composizione del collegio societario, ecc. assumono carattere necessitato in vista di un opportuno rafforzamento dell'esercizio democratico dei poteri sociali e del conseguente regime di tutele degli operatori del mercato.

Da ultimo, meritevole di segnalazione è anche una *lectio magistralis* che Guido Alpa tenne nel 'Salone dei partecipanti' della Banca d'Italia in occasione della presentazione degli *'Scritti in memoria di Pietro De Vecchis'*, già avvocato generale di detto Istituto.

Alla presenza dei più alti esponenti del mondo della finanza il *nostro* Amico affrontò la complessa problematica relativa all'inquadramento delle categorie della privatistica nel libero esercizio dell'attività bancaria, specificando come la nozione d'impresa *in subiecta materia* si estrinsechi in organizzazione e in attività strumentale all'esercizio dell'impresa; precisando, altresì, che dette categorie si coniugano con quelle pubblicistiche espresse in termini di 'controlli' e limiti a tale attività dettati dall'interesse pubblico. Da qui la configurabilità di un bilanciamento dei poteri di vigilanza riguardanti la complessa realtà del mercato; all'uopo sottolineando come in un 'clima' di rivendicazione della autonomia, intesa come affrancamento da interventi dell'autorità, è bene accedere all'idea di una supervisione che assuma forme gradualali ed elastiche. È, questa, una visione premonitrice che avverte i pericoli di una vigilanza portatrice di misure di *austerità*, quali saranno tristemente sperimentate da molti paesi UE nel corso della grande crisi degli anni 2007 e seguenti!

Si è in presenza di una costruzione innovativa delle coordinate disciplinari del

settore finanziario nella quale la dinamica concorrenziale, sottesa alla nozione di mercato, diviene centro dei valori del sistema, di cui Guido Alpa invoca la natura non esclusivamente economica, sottolineandone l'essenza giuridica nel convincimento che senza regole non è configurabile correttezza delle operazioni e degli scambi. Risulta chiaro il significativo contributo dato, per tal via, alla definizione di una nuova costituzione economica, disegnata dalle esigenze del mercato, nella quale l'interesse privato deve trovare equilibrata composizione con quello generale, sì da assicurare forme ottimali di tutela dei produttori di beni e servizi e, al contempo, dei destinatari di questi ultimi.

Si individuano le linee della successiva evoluzione di una ricerca nella quale viene tracciato il disegno di un diritto moderno, senza confini o frontiere, fondato su una *cultura delle regole* la quale, come Guido Alpa nella sua indagine tiene a dimostrare, identifica l'ineludibile presupposto di una 'democrazia politica' che nasce «dal profondo dei rapporti sociali ed economici, che sono espressione dell'autonomia privata».

4. Concludendo posso dire - senza il timore che l'amicizia possa farmi *velo* - che Guido Alpa è uno scienziato del diritto le cui caratteristiche umane e di studioso gli conferiscono la «completezza», che è requisito tipicamente proprio dei grandi Maestri.

Egli è sempre alla ricerca di 'nuove frontiere', ha una sensata 'curiosità intellettuale' che non lo fa fermare di fronte alle difficoltà del 'cambiamento', lo induce a superare 'vetuste logiche' interpretative, a guardare con 'fiducia' e 'speranza' nel futuro, nel quale Egli assegna un posto primario ai giovani. A questi ultimi dona l'esempio di una vita spesa per la ricerca che appaga e dà godimento dello spirito, inducendoci ad una continua 'rivisitazione' del nostro modo di pensare e, quindi di essere, come ci ricorda in un suo scritto.

È l'amore per i giovani, il desiderio di assecondare la loro vocazione per lo studio, avviandoli per gli aspri sentieri di un percorso accademico, è una delle motivazioni che, per decenni, ci ha uniti, mossi unicamente dal desiderio di veder realizzate le aspirazioni altrui; ragione primaria di un incontro caratterizzato dalla convergenza verso una generosità che non ambisce *ritorni*.

Francesco Capriglione

GUIDO, I' VORREI CHE TU ED IO...

1. Si onora l'accademico, il professionista, l'uomo, l'amico. E mi unisco, con sincero trasporto.

Ma c'è un problema. Quante volte s'intraprendono iniziative del genere, ci si espone al rischio di cadere in una sorta di appiattimento agiografico, con un'intonazione laudativa che dopo un po' diventa stucchevole. Una siffatta prospettiva non mi garba affatto; e per questo negli anni ho elaborato una strategia difensiva (non necessariamente egoistica: penso anche al lettore, condannato a subire un profluvio di complimenti a basso costo ma costruito anche minore), che si è tradotta in un vero e proprio format: da applicare -la precisazione è di rigore assoluto- solo quando si ha a che fare con qualcuno che svetta dalla cintola in su rispetto al gruppo dei colleghi pur meritevoli di rispettosa stima. Valga il vero: ho applicato quel format a Guido Calabresi (non ricordo bene se in occasione del conferimento dell'ennesima laurea *honoris causa* -ne ha una collezione ragguardevole, roba da tre dozzine...- o di un qualche cavalierato) e a un linceo prestigioso come Antonio Gambaro, al momento in cui usciva dai ranghi per raggiunti limiti di età. E mi pare che Guido Alpa possa ben rientrare in un cenacolo tanto elitario.

2. L'ultima affermazione offrirebbe il destro per raccontare le meraviglie del CV di Guido. Mi guarderò bene dal farlo -altri ha già provveduto doviziosamente- se non con riguardo a un profilo particolare, che mi tornerà utile per il discorso che mi riprometto di abbozzare tra un momento: la sua straordinaria produzione letteraria. L'ultima volta che ho provato a compulsare la sua bibliografia ho potuto contare più di novecento *entries*, ancora un po' e saremo alla reificazione delle "Mille e una notte" in versione giuridica. Una produzione stupefacente, che -anche a non volerla avallare *in toto*, ci sono tante circostanze in cui mi sono trovato a coltivare opinioni diversamente orientate- ci consegna la figura di un giurista stre-

pitosamente prolifico e tuttavia mai banale.

Qualcuno potrebbe obiettare che quella su cui vado appuntando l'attenzione è virtù spesa nel vuoto, perché oggi nessuno più legge: provocazione che, a tutto concedere, proietterebbe ombre sugli apporti scientifici di Guido e, mi sia consentito aggiungere, su quel poco che sono riuscito a mettere insieme in mezzo secolo di riflessione scientifica. E, allora, prendo cappello e apro un inciso sul punto.

L'opinione diffusa secondo cui, in un mondo digitale che viaggia alla velocità della luce, nessuno legge più, semplicemente perché non c'è il tempo per farlo, è frutto di un equivoco, che ci porta troppo lontano. Per esempio, al tramonto di un certo modo di fare dottrina, cui farò cenno fra un momento. Ma, per evitare sbandamenti eccessivi, si può riconoscere che in un'era di rivoluzione digitale i modi di trasmissione dell'informazione sono cambiati, poco importa se in meglio o in peggio, posto che ciò che conta è l'efficacia. Per tutta conseguenza, e con fare risolutamente riassuntivo, è dato toccare con mano che le riviste giuridiche hanno dovuto cambiare mestiere. Parte del loro apporto consisteva, in passato, nel rendere disponibile l'informazione: per esempio, le novità giurisprudenziali. Questa funzione è, all'evidenza, tramontata¹. Il materiale documentario è, ormai, disponibile in rete. Qualche volta gratuitamente, in altri casi con formule variamente onerose, ma col pregio dell'immediatezza: disponibili quando servono, senza occupare spazio in polverosi scaffali. E il *trend* è inequivoco, se solo si pensa ai traguardi fissati dal legislatore transalpino della *République numérique*, che mira ambiziosamente a rendere accessibile al pubblico l'intero patrimonio giurisprudenziale francese; o a come le molte migliaia dei volumi dei *reports* del West System siano ormai rimpiazzati da banche dati inesauribili, annidate nell'impalpabile onnipresenza di 'nuvole' remote.

¹Ce lo ricorda, con sagace equilibrio, RORDORF, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 533.

Tutto vero. Ma ciò non significa che non ci sia più spazio per un'informazione giuridica organizzata di secondo livello. Se non serve più avvertire degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, perché essi rimbalzano da e in ogni dove, resta il problema di introiettare quell'esubero d'informazione, che rischia, paradossalmente, di tradire le aspettative di chi si aspettava, dai prodigi della rete, l'annullamento di ogni sorta di asimmetria informativa. Il problema è, ancora una volta, quello della mappa. Quando vi si faccia rifluire tutti i dati del mondo reale, la mappa diventerà illeggibile, perché sovraccarica fino al punto di apparire nera. L'*overflow* informativo opacizza. Occorrono le coordinate per tracciare la direzione che ci serve. E qui riemerge un compito, che la letteratura giuridica ha avuto nel passato e continuerà auspicabilmente a perseguire nel futuro. Non foss'altro perché la sete di conoscenza (anche giuridica) non s'è persa nei meandri di internet e, se mai, si presenta in termini più acuti e urgenti. Potrà essere diverso il modo di fruizione, digitale piuttosto che cartaceo. Ma mostrare la via nel labirinto sempre più complesso delle cose giuridiche credo sia ancora una fonte di valore aggiunto apprezzabile e ricercato. Questo mestiere quasi sciamanico Guido l'ha saputo fare in modo magistrale.

Quel che non si legge più è il prodotto di una certa e paludata letteratura. Al riguardo, gioca la convergenza di almeno due fattori: da un lato, la già cennata crisi identitaria della dottrina; dall'altro - ma non si tratta di vera specularità -, la diffusa ritrosia a fare i conti con quella crisi (e si sa che non c'è persona più miope di chi non vuole assolutamente vedere). Provo a spiegarmi per le spicce. Vi sono riviste giuridiche che non vanno sul mercato; lo ignorano, semplicemente, perché trovano linfa e supporto in altre dimensioni. Succede così che quanti vi scrivono non abbiano, per qualche buona ragione, a preoccuparsi di come farsi leggere dal pubblico degli operatori del diritto: la loro *audience* è più ristretta e mirata. Si elabora per l'accademia, con i suoi riti, i suoi stilemi. E il lettore per avventura so-

spintosi in un mondo che non gli pertiene si trova allora, confuso e spiaggiato, alle prese con lavori sovente autoreferenziali, compiaciuti, prolissi quando non ipertrofici, narcisistici ben oltre il limite del peccato proprio di ogni autore che si rispetti: lavori che si dispiegano all'infinito sulle tracce di rivoli e rivoletti, risalendo con determinazione virtuosistica la pertica jheringhiana dei concetti difficili, con tanto di ricorso intensivo alla macchina spacca-capello e di dispiegamento massivo di note bibliografiche alluvionali quanto inutili in epoca di banche dati onnicomprensive. Fuori da questo mondo, che vanta coordinate da Anvur e dintorni, c'è il mercato. Dove si scrive per farsi leggere e si va alla conquista della fiducia di chi, oggi come ieri, ha bisogno di raccogliere l'informazione che conta e le direttive su come metterla a profitto, nel modo più diretto e succinto possibile. E a questo livello si colloca la dottrina che non recide i contatti con il pubblico e si sforza di tenere insieme il dibattito con la prassi, oltre che, naturalmente, con la giurisprudenza. Guido Alpa, di quella dottrina, è stato consapevole guida.

3. Torniamo, dopo questo *detour* cui molto tenevo, al format cui soglio fare ricorso quando mi capita di partecipare alla celebrazione di un personaggio di autentico spessore. La formula è semplicissima, nella sua apparente irriverenza. E consiste nel chiedersi: dove ha sbagliato il nostro eroe? Dunque, che cosa possiamo rimproverare a Guido Alpa?

Ci arrivo subito, perché vado a segnalare una responsabilità (che, peraltro, mi sento di condividere *pro quota* con lui) tanto più pesante quanto più consistente è la figura dello studioso coinvolto: quella di aver contribuito, con l'avallo consapevole accordato al "diritto positivo giurisprudenziale" (un quasi ossimoro di cui si darà conto tra un momento), al declino di una dottrina in crisi d'identità.

Provo a sostanziare l'atto di accusa. Ho osservato in altra sede che i tre si-

gnori del diritto, come li chiamava Van Caenegem², ossia legislatore, accademico e giudice, hanno preso vie diverse. In tempi di post-diritto³, i segni della liquefazione del quadro tradizionale emergono in modo prepotente, costringendoci a toccare con mano che nulla è più come prima.

Il legislatore ha sempre fatto a modo suo, nel bene e, spesso, nel male. È certo, però, che la sua trasfigurazione – per effetto della diaspora (meglio, esplosione) delle fonti e con l’aggiunta di tanti problemi autoctoni, l’ultimo dei quali è l’abulia- fa da innesco per gli sviluppi che scrutineremo tra un momento. In estrema sintesi, si è passati dall’implausibile monoliticità di un ideale macroantropo di proverbiale saggezza alla bipolarità di una matrice interna e transnazionale, quanto basta per farlo apparire distopico e in affanno, travolto com’è dal caos organizzato e compromissorio dell’*acquis communautaire*. Nel tempo, come se non bastasse, il quadro si è reso viepiù frammentario -oggi si parla apertamente di interlegalità, ossia del “il mondo nel quale la pluralità degli ordinamenti non è fatto o ambiente per l’ordinamento adottato come punto di vista ma è valore giuridico o sistema giuridico essa stessa”, se si preferisce del “mondo in cui convivono su uno stesso livello di produzione giuridica gli Stati nazionali, a competenza territoriale e vocazione universale, i sistemi di amministrazione deterritorializzati ed a vocazione specialistica, gli ordinamenti sovranazionali su base regionale derivanti da parziali cessioni di sovranità da parte degli Stati nazionali e gli ordinamenti puramente giurisdizionali addetti alle violazioni di diritti umani”⁴ - sino a far assumere al tutto l’andamento contorto, ispessito e brulicante di certe tele di Bruegel il vecchio. Poco male, si dirà, perché in un contesto di educazione gius-positivistica – quello che

²Cfr. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, *passim*.

³Cfr., al riguardo, PARDOLESI - PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113.

⁴Le citazioni sono tratte da SCODITTI, *Lo scenario dell’inter-legalità*, <questionegiustizia.it>, 2020 (in margine al volume collettivo *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di KLUBBERS e PALOMBELLA, Cambridge University Press, 2019).

un tempo, di fronte al profilarsi di un vuoto di tutela, induceva a invocarne l'intervento -, il legislatore va dove lo porta il cuore (con i soli limiti del controllo di legittimità costituzionale). Non è quanto dire che il legislatore può, se vuole, permettersi di affermare -col pieno consenso dei giuristi, che si affanneranno a fornirne la prova con industrie e sagaci argomentazioni- che piove l'acqua per in su: ma poco ci manca.

Questa, riassunta in due battute (di cui mi vergogno apertamente), è la premessa per il collasso degli equilibri fin qui ricevuti. Collasso che si traduce in due fenomeni interconnessi: *a)* l'affrancamento del titano (la giurisprudenza); *b)* il "tradimento dei chierici" (la dottrina).

L'evaporazione del sistema comportava, per l'appunto, l'affrancazione del giudice, che, uscito dal guscio remissivo di *bouche de la loi*, ha scoperto che, là fuori, dove si prendono i rischi, non c'era più nessuno. O quasi. Si approda così -il fenomeno è troppo noto perché lo si debba qui enfatizzare- al protagonismo muscolare della giurisprudenza: che però, proponendosi quale sola forza autenticamente propulsiva in aree altrimenti dismesse, innesca seri problemi di certezza, coerenza, argine all'arbitrarietà che cova come minaccia nell'ombra⁵. Di fronte allo sgretolarsi dei tradizionali punti di riferimento è parsa rassicurante la funzione nomofilattica, deputata a garantire la 'tenuta' complessiva del fenomeno giuridico nel segno della compostezza finale del responso giudiziale. Salvo poi scoprire, per un verso, ch'essa si affida per la più parte alla posticcia vincolatività di un 'precedente' che tale non può essere, perché risolto in un principio di diritto che esprime un norma di secondo grado, soggetta essa stessa ad interpretazione⁶; per l'altro, e in dimensione ancor più problematica, che si tratta di una nomofilachia 'dinamica',

⁵Per una ricognizione men che indulgente v. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1.

⁶Valga qui, riassuntivamente, il riferimento a PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, *passim*..

cangiante nel tempo⁷ - sin qui, tutto bene, posto che il diritto deve ben adattarsi alla mutevole domanda di giustizia che si leva dal tessuto sociale: ma attenti allo straniante colpo di scena in agguato- e a geometria variabile, che fa capo ai tre organi giurisdizionali di vertice e alimenta ontologie regionali autonome. Di questa curvatura giurisprudenziale, e delle sue ricadute spesso plateali, ho parlato già troppe volte; e non mi ripeterò.

Il secondo fenomeno si presta (si fa per dire...) ad un'analisi succinta. La ricordata frammentazione del sistema delle fonti ha messo prima a repentaglio e poi tolto dal giro ogni velleità sistematica: di fronte ad un'elaborazione comunitaria incurante delle coordinate sulle quali si era edificata la struttura concettuale del diritto (privato), trincerarsi dietro i virtuosismi della dogmatica –nel frattempo diventata, per un fenomeno di latente volgarizzazione, patrimonio di tutti - non era più un'opzione significativa. Io c'ero quando il titolo quasi obbligato dei contributi scientifici scandiva la formula: "Autonomia privata e ...": qualunque fosse stato il secondo termine, sinanche riferito all'anfratto più minuto della disciplina codicistica, esso avrebbe permesso di ripercorrere nella sua interezza la maestosità severa dell'architettura negoziale. Non era, intendiamoci, il miglior mondo possibile. Non dovrebbe sorprendere, in fondo, il fatto che, in una dimensione giuridica globalizzata, il nostro diritto (ancor più del *civil law* nel suo complesso), appaia, a chi può fare la scelta della disciplina da applicare ai suoi affari, poco appetibile. A voler peccare di malizia, si potrebbe trovare un motivo di soddisfazione in un accadimento comunque limaccioso come la Brexit, perché promette di rendere meno disponibile il diritto inglese, che allo stato vince a mani basse l'agone competitivo (quattro volte più impiegato di quello francese, pur modificato per risultare concorrenziale, sei volte di quello tedesco; secondo nel *ranking* il diritto svizzero,

⁷Cfr. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123.

non pervenuto quello italiano)⁸.

Privata del monopolio della dogmatica (e, poi, della dogmatica stessa), la dottrina si sarebbe volta –con un’attenzione che mai c’era stata per l’addietro– all’analisi della giurisprudenza. E sin qui, nella scoperta à la Guido Alpa (ma c’era anche Francesco Galgano; e non posso nascondere la mia parte di responsabilità) del “diritto positivo giurisprudenziale”, che sarebbe poi evoluto significativamente nell’espropriativa “dottrina delle corti”⁹, c’era una dimensione felice di dialogo proficuo. Durata, però, lo spazio di un mattino, per quello che è stato definito il tradimento dei chierici, ossia la pratica abdicazione dell’accademia al ruolo di guida che aveva nel tempo scandito il “successo del giurista”¹⁰.

Il mutamento del quadro complessivo imponeva comunque un cambio di ruolo. Che avrebbe imposto: a) al *legal scholar* di reinventarsi come scienziato sociale, mettendo in discussione le sue certezze di sedicente guru che raccoglie e sintetizza le istanze che rinvergono dagli altri apporti scientifici e, soprattutto, la compatibilità con l’impegno avvocatesco; b) alla facoltà di giurisprudenza di trovare un’anima che le assicurasse un’identità diversa dall’approccio pragmatico della scuola forense (perché, se il punto è insegnare “come si fa”, quest’ultima è decisamente più adatta al compito)¹¹. Ciò che non è accaduto. Ecco, allora, che la dottrina, sempre più professionalizzata, è divenuta recessiva, nel segno del disimpegno. Dismesso ogni anelito propulsivo, si è risolta, con animo gregario, a seguire –commentando sin troppo spesso con supina approvazione– gli sviluppi giurisprudenziali. Quel che un tempo, quando tutto mancava, induceva all’appello al legislatore è divenuto invocazione dell’intervento delle Sezioni unite della Cassazione.

⁸Cfr., riassuntivamente –la letteratura empirica ha fornito, negli anni recenti, una messe di contributi al riguardo– EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit’s Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, <www.ssrn.com>, 2018.

⁹Cfr. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, 181.

¹⁰Cfr. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, 85.

¹¹Per qualche considerazione più approfondita, v. PARDOLESI - GRANIERI, *The Future of Law Professors and Comparative Law*, in *The Digest. National Italian American Bar Association Law Journal*, 2013, 1.

Insomma, c'è un giudice a Berlino, vediamo quel che fa (e, magari, ingraziamoce-lo...).

4. Le intenzioni di Guido (ma anche di chi scrive) erano altre. E se ne può parlare apertamente perché da quel processo recessivo il nostro autore non è stato travolto (anche se non è riuscito ad impedirlo). Ha rappresentato, in un panorama complessivo che si andava sempre più marginalizzando, la stella polare che indicava la via del riscatto (e, lo confesso, io avrei voluto fare lo stesso).

Una ragione in più per prender sul serio l'opera di Guido Alpa.

Roberto Pardolesi

SULL'EQUO COMPENSO. SPUNTI DI RIFLESSIONE DAL LIBER AMICORUM GUIDO ALPA

1. La diversa qualificazione scientifica dei tanti Autori del *Liber amicorum Guido Alpa* ⁽¹⁾ e la varietà degli scritti che vi sono raccolti sono una testimonianza della ricchezza culturale e della diversità degli interessi di Guido Alpa, che non è soltanto il destinatario dell'Opera, non è soltanto l'onorato, ma è presente nelle pagine di questo volume come un costante punto di riferimento ed un interlocutore privilegiato. Gli Autori richiamano le opere di Alpa, si confrontano con le sue idee, dialogano con lui. E così questo *Liber amicorum* lascia emergere la complessità della figura scientifica di Alpa i cui interessi non si arrestano al diritto civile tradizionale, ma spaziano dalla teoria generale, alla storia del diritto, al diritto europeo, al diritto pubblico, al diritto dell'economia, al diritto della concorrenza, al diritto dei mercati finanziari, alla innovazione tecnologica.

Tra i tanti scritti che compongono questo ponderoso volume vorrei soffermarmi brevemente su uno – di Giuseppe Colavitti ⁽²⁾ – che pone in risalto uno dei profili più importanti e più significativi della personalità e degli interessi di Alpa: Alpa Avvocato e studioso della disciplina e dei problemi della professione forense ⁽³⁾, anche nella loro evoluzione storica.

¹AA.VV., *Liber amicorum Guido Alpa*, a cura di Francesco Capriglione, Milano, 2019.

²Cfr.COLAVITTI, *L'equo compenso degli avvocati tra Costituzione e mercato*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, cit., pag. 193 e segg.

³Alla figura dell'Avvocato, alla sua evoluzione storica ed alla sua disciplina normativa anche nel quadro dei principi costituzionali e nel sistema del diritto privato europeo Guido Alpa ha dedicato moltissimi scritti, tra i quali si possono ricordare: ALPA, *La nobiltà della professione forense. Tradizione ordinistica, mercato dei servizi legali, 'funzioni pubbliche' nel diritto interno e nel diritto comunitario*, Bari, 2004; ALPA, *I custodi dei diritti. Avvocatura, mercato, politica*, Milano, 2007; ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005 (e 2011); ALPA, *La professione forense e la disciplina della concorrenza*, in *I nuovi confini del diritto privato. New borders of European Private Law*, a cura di G. ALPA, Milano, 2016; ALPA, *I molteplici ruoli dell'avvocato italiano nella edificazione del diritto privato europeo*, in *Cultura e diritti*, 2016, fasc. 1-2, pagg. 97 e segg.; ALPA, *Annotazioni sull'esercizio della professione forense in forma societaria*, in *Cultura e Diritti*, 2016, fasc. 3, pag. 11 e segg. V.

Guido Alpa – come tutti sanno – è Presidente emerito del Consiglio Nazionale Forense e ne è stato Presidente per oltre 10 anni (dal 2004 al 2015) e sotto la sua presidenza ha visto la luce la nuova legge professionale (L. 31.12.2012, n. 247, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*) che molti identificano proprio con il nome di Alpa.

Per oltre dieci anni Guido Alpa ha svolto una difesa ferma e tenace dell'Avvocatura italiana. Una difesa che definirei *alta*. Non una difesa di interessi corporativi, ma una difesa del ruolo storico ed istituzionale, della funzione costituzionale e dei valori etici dell'Avvocatura.

Allo stesso tempo Alpa è uno dei massimi studiosi italiani ed europei del diritto dei consumatori ⁽⁴⁾; in Italia è stato uno dei precursori di questa materia che – grazie anche ai suoi studi - ha conquistato una piena autonomia scientifica e didattica.

Ebbene c'è un tema che in qualche modo salda questi due aspetti degli interessi e della personalità di Guido Alpa ed è il tema dell'equo compenso, al quale in questo *Liber amicorum* è dedicato il bel saggio di Giuseppe Colavitti.

Ed anche Colavitti, studioso di Diritto pubblico, dialoga intensamente con Alpa, il quale a questo stesso tema aveva dedicato un importante articolo un

anche ALPA, *L'Avvocatura italiana al servizio dei cittadini*, Relazione di apertura del XXX Congresso nazionale forense di Genova, 25 novembre 2010; nonché ALPA e DANOVI, *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura* (a cura di G. Alpa e R. Danovi), Bologna, 2003.

⁴La produzione scientifica di Guido Alpa in materia di tutela del consumatore, oltre ad essere notissima, è troppo ampia perché qui se ne possa dare conto in modo esauriente. Basti ricordare alcune opere più risalenti, che hanno fortemente contribuito ad aprire e ad alimentare in Italia il dibattito giuridico sul *consumerism*: ALPA, *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno 'consumerism'*, in *Pol. Dir.*, 1974, pag. 474; ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1978 (poi pubblicato in successive edizioni aggiornate *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986; *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 1999, 2002); ALPA, voce *Consumatore*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 313; fino alle opere più recenti, che riflettono la consolidazione del diritto dei consumatori, v. *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2006; *I contratti del consumatore*, a cura di ALPA, Milano, 2014; *Diritto di consumatori*, a cura di ALPA e CATRICALA', Bologna, 2016. Può ben dirsi che queste opere hanno accompagnato e stimolato la nascita e lo sviluppo in Italia del sistema normativo di tutela del consumatore, dalle prime leggi speciali al Codice del Consumo.

paio di anni fa ⁽⁵⁾.

Ad un primo sguardo, il tema dell'equo compenso potrebbe apparire un po' asfittico e di interesse piuttosto limitato. In fondo, la disciplina si condensa in un solo articolo, l'art. 13 *bis*, intitolato '*Equo compenso e clausole vessatorie*', inserito, nell'ottobre del 2017, nella Legge professionale forense del 2012 (appunto la Legge Alpa) ⁽⁶⁾. Invece si tratta di una disciplina complessa, che solleva tanti problemi tecnici, si ricollega a principi fondamentali di rango costituzionale ed è ricca di molti stimolanti risvolti ideologici.

2. Nella letteratura e nell'opinione comune l'avvocato è probabilmente l'esempio più classico del professionista liberale. E nel lessico della disciplina consumeristica il *professionista* è il soggetto che, nei rapporti contrattuali asimmetrici, riveste il ruolo di *contraente forte* che si contrappone ad un *contraente debole*, il consumatore.

Nella disciplina dell'equo compenso assistiamo ad un rovesciamento di ruoli. Anche questa disciplina è rivolta a regolare un rapporto asimmetrico, solo che in questo caso, con un netto ribaltamento di posizione, l'avvocato, il professionista liberale per eccellenza, si ritrova nel ruolo di contraente debole che re-

⁵Cfr. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pag. 716 e segg.

⁶Articolo inserito dall'art. 19-*quaterdecies*, comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172. L'estensione dell'applicabilità delle disposizioni ivi contenute anche ad altri casi è prevista dall'art. 19-*quaterdecies*, commi 2 e 4-*bis* del medesimo D.L. n. 148/2017, come modificato dall'art. 1, comma 488, L. 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di bilancio 2018). Più precisamente, il comma 487 della citata Legge di Bilancio 2018 ha apportato alcune modifiche al testo dell'art. 13 *bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247; mentre il comma 488, estendendo l'ambito di applicazione della disciplina dell'equo compenso, ha disposto che le disposizioni dettate dall'art. 13 *bis* cit. "*si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, anche iscritti agli ordini e collegi, i cui parametri ai fini di cui al comma 10 del predetto articolo 13-bis sono definiti dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27*", precisando poi che "*non si applicano agli agenti della riscossione, che garantiscono, comunque, al momento del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività delle prestazioni richieste*".

clama protezione proprio rispetto al cliente.

Un ribaltamento di ruolo che può risultare sorprendente solo per chi non conosca il mercato nel quale operano gli avvocati italiani del XXI secolo.

Se lasciamo da parte una piccola fascia elitaria di professionisti che diremmo *'di nicchia'*, se escludiamo le imponenti strutture professionali multidisciplinari delle (poche) grandi *law firm* di rilevanza nazionale che hanno accesso anche ad una clientela internazionale, gli avvocati italiani, circa 250.000, si contendono un mercato sempre più ristretto e sempre più competitivo. Le indagini statistiche, da anni, mostrano una significativa riduzione (o, quanto meno, una stagnazione) del reddito professionale degli avvocati (⁷).

La piccola giustizia si avvia ad uscire dall'orbita di attività degli avvocati (si pensi alla disciplina degli *small claims*, agli organismi di ADR *Alternative dispute resolution*, alle piattaforme di risoluzione *on line* delle controversie); e la gran parte delle cause tra privati – in particolare, le controversie in materia di diritto di famiglia, di infortunistica, di lavoro, di condominio, di locazione – ha mediamente un valore piuttosto modesto.

Le imprese fanno leva sulla concorrenza per ottenere dagli avvocati condizioni sempre più vantaggiose. I clienti pubblici, e sulla loro scia le Procedure

⁷V. CENSIS, *L'avvocato nel quadro di innovazione della professione forense - Rapporto 2019* - Roma, giugno 2019, dove si segnala che, mentre dal 2000 in poi il numero degli iscritti agli albi forensi è sempre cresciuto (sebbene a ritmi via via più ridotti), *"Nello stesso periodo le variazioni del reddito medio degli avvocati hanno cominciato a conoscere variazioni negative, specie intorno al 2010 e al 2014. Fra il 2016 e il 2017, la variazione è stata positiva e pari allo 0,5%"*. Nei diciotto anni oggetto di indagine – si rileva nel Rapporto CENSIS – *"il numero degli iscritti e il corrispettivo reddito medio mostrano linee di tendenza con un'inclinazione costantemente negativa, segno di un fenomeno di saturazione della dinamica quantitativa dell'accesso alla professione e, dell'indebolimento delle opportunità di crescita economica che condiziona in maniera specifica alcune componenti della professione, ma che riguardano, in generale, la professione nel suo insieme"*. Nel 2018 solo il 30% degli avvocati ha dichiarato un fatturato in crescita, mentre per *"il 34,8% il risultato economico è rimasto invariato rispetto all'anno precedente"*; e *"il restante 35,6% rappresenta la parte "in sofferenza" e che ha subito una riduzione del fatturato"* (v. pag. 55 del Rapporto). Un quadro davvero sconsolante, tanto più se si considera che il reddito professionale medio dichiarato ai fini Irpef per il 2017 *"per l'insieme degli iscritti è di 38mila 620 euro"* (v. pag. 5 e tabella 2).

concorsuali, nella scelta degli avvocati adottano abitualmente criteri selettivi fondati essenzialmente sull'offerta economica. Si tratta di criteri certamente ispirati da apprezzabili istanze di buon andamento, di imparzialità, di correttezza e di verificabilità delle scelte, che tuttavia, fatalmente, nella comparazione tra le offerte di diversi professionisti, rischiano di premiare i profili quantitativi dell'offerta, anziché quelli qualitativi, sminuendo il carattere fiduciario del rapporto tra il cliente e l'avvocato.

Banche, Compagnie assicurative, Intermediari finanziari che gestiscono enormi masse di crediti cartolarizzati richiedono spesso prestazioni professionali forensi di tipo quasi seriale. Sono clienti ambitissimi, ma sono anche clienti tiranni, che predispongono unilateralmente la disciplina del contratto d'opera professionale secondo regole uniformi ed impongono condizioni economiche molto rigide, lasciando al professionista margini di guadagno ridottissimi. Selezionano gli avvocati attraverso sfrenate gare al ribasso, ingentilite dalla elegante etichetta di *beauty contest*.

In questa situazione di mercato, venuto meno il vincolo legale della inderogabilità dei minimi tariffari, abrogate (nel 2012) le Tariffe forensi ⁽⁸⁾, si avvertiva l'importanza e l'urgenza di un intervento normativo di tutela dell'avvocato,

⁸Ma vedi già nel 2006 i Decreti Bersani (Decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*) che abrogavano "le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti" (art. 2, 1° comma, lett. a).

Sulle liberalizzazioni tariffarie, con particolare riguardo al sistema delle professioni forensi, v. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera professionale*, in *Contr e impr.*, 2016, pag. 520; MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediabile dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, spec. pag. 301 e segg.; COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012; COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, pagg. 397 e segg.

volto al riequilibrio della sua posizione rispetto a quella del cliente forte. A tale obiettivo risponde appunto l'introduzione dell'art. 13 *bis* nella nuova legge forense, con la disciplina dell'equo compenso.

3. Il principio di fondo è che nei rapporti asimmetrici nei quali il professionista avvocato è contraente debole dinanzi a grandi imprese committenti all'avvocato spetti comunque un *'equo compenso'*, vale a dire un compenso *"proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti"* dai Regolamenti ministeriali (oggi i Regolamenti dettati con Decreto del Ministro della Giustizia del 2014, poi modificati nel 2018) ⁽⁹⁾. Il testo normativo riprende, certo non casualmente, il criterio della proporzionalità della remunerazione alla *"quantità e qualità"* del lavoro, consacrato dall'art. 36 della nostra Costituzione.

Un principio che chiaramente esprime una esigenza di protezione del contraente debole ed attua i principi costituzionali di tutela del lavoro e di dignità della persona.

È questa la prospettiva di studio che è stata coltivata nel saggio del costituzionalista Colavitti, il quale ha opportunamente notato che l'avvocato c.d. convenzionato si trova rispetto al cliente in un rapporto di tipo parasubordinato ed ha proposto una lettura estensiva degli artt. 35 e 36 della Costituzione, che costituiscono il quadro costituzionale nel quale si colloca l'istituto dell'equo compenso. Le disposizioni protettive dettate dagli artt. 35 e 36 Cost. devono ritenersi tendenzialmente applicabili a tutte le forme di lavoro, ogniqualvolta chi

⁹Il D.M. 10 marzo 2014, n. 55 (*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247* – in G.U. n.77 del 2.4.2014) come da ultimo modificato dal D.M. 8 marzo 2018, n.37.

presta la propria opera lavorativa – dipendente o non dipendente che sia – versi in una situazione di ‘inferiorità’ rispetto al datore di lavoro, al committente, al cliente ‘forte’. Per usare una formula felice, sono norme che tutelano il ‘*lavoro senza aggettivi*’⁽¹⁰⁾.

Per quanto riguarda i principi costituzionali di tutela della dignità della persona, ai quali pure è ispirato l’istituto dell’equo compenso, Colavitti ha rilevato come per il professionista intellettuale – in questo caso l’avvocato – la tutela della dignità si esprime in una esigenza di salvaguardia del ‘*decoro della professione*’⁽¹¹⁾. E ha giustamente richiamato l’art. 2233, 2° c., c.c., che, in qual-

¹⁰V. COLAVITTI, *L’equo compenso degli avvocati tra Costituzione e mercato*, cit., pag. 205 e segg., spec. pag. 209 e segg., il quale opportunamente richiama le parole e le riflessioni di D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ADL. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1995, fasc. 1, pag. 63 e segg. (ora in *Opere*, a cura di Caruso e Sciarra, I, Milano, 2000, pagg. 218 e segg.). Più in generale, v. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati (la rilettura di)*, in *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, a cura di Gaeta, Milano, 2005, pag. 105 e segg.; ICHINO, *Sul contenuto e sull’estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in AA.VV., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, I, Bari 1999, pag. 527; e, prima ancora, MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, I, pagg. 149-212, ora in *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, a cura di Gaeta, cit.

Dello stesso COLAVITTI, v. anche “*Fondata sui lavori*”. *Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista dell’Associazione italiana costituzionalisti*, n.1/2018, dove l’A., riferendosi all’equo compenso, nel quadro di una serie di misure di protezione del lavoro autonomo mutate dalla normativa sul lavoro subordinato, parla “di un intervento costituzionalmente necessario: il principio è infatti già presente nell’articolo 36 della Costituzione, che solo il trascinarsi di vecchi schemi ideologici o il riflesso di concezioni arcaiche e superate dall’evoluzione stessa del mondo del lavoro possono ritenere operante con riferimento esclusivo al paradigma (invero sociologicamente sempre più raro) del rapporto di lavoro subordinato” (cfr. spec. parr. 4, 6 e 10).

Sugli aspetti problematici dell’applicazione del principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione al lavoro prestato v. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell’articolo 36 della Costituzione*, Relazione al Convegno promosso dall’Accademia dei Lincei Roma, 22-23 aprile 2010, dove si analizza il problema di stabilire se e in quale misura il principio della ‘giusta retribuzione’ possa estendersi anche al di fuori dell’area del lavoro subordinato; e si rileva la diffusa tendenza a estendere, almeno in parte, la protezione inderogabile anche al lavoratore autonomo “in condizioni di dipendenza economica”.

¹¹V. COLAVITTI, *L’equo compenso degli avvocati tra Costituzione e mercato*, cit., pag. 208; MUSOLINO, *Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro*, nota a Cons. Stato, 22.1.2015, n.238, sez. VI, in *Riv. Not.*, fasc.3, 2015, pag. 578. Al criterio della “*dignità della professione*” fa espresso riferimento la Corte di Giustizia (Quarta Sezione, 18 luglio 2013, nella causa C-136/12) in una sentenza relativa alla contestata legittimità del codice

che misura, anticipava (75 anni prima !) i principi dell'equo compenso laddove stabilisce che *“In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”*. Già nell'art. 2233, 2° comma, c.c., emerge, dunque, questo criterio di valutazione e di quantificazione del compenso spettante al professionista intellettuale: criterio di *adeguatezza* del compenso *all'importanza dell'opera*, che nel 2017 si specifica in un criterio di proporzionalità del compenso alle caratteristiche quantitative e qualitative della prestazione professionale.

In considerazione della chiara giustificazione costituzionale della disciplina dell'equo compenso e tenuto conto della sua *ratio*, non possono essere condivisi i rilievi critici formulati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ⁽¹²⁾, la quale, invocando *“i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari”* in materia di tariffe professionali fisse e minime (che integrerebbero una grave restrizione della concorrenza, impedendo ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, in particolare, *“di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione”*), ha ritenuto che l'art.13 *bis* cit. *“determinerebbe un'ingiustificata inversione di tendenza rispetto all'importante e impegnativo processo di liberalizzazione delle professioni in atto da oltre un decennio”*. Più precisamente, l'AGCM ha rilevato che la disposizione in questione, laddove collega l'equità del compenso ai parametri tariffari contenuti nei decreti ministeriali, *“reintroduce di fatto i minimi tariffari, con l'effetto di ostacolare la concorrenza di prezzo tra professionisti nelle relazioni commerciali con alcune tipologie di clienti c.d. 'forti' e ricomprende anche la Pubblica Amministrazione”*. Con la conseguenza che la detta disciplina

deontologico dei geologi, osservando che il giudice del rinvio debba *“verificare se, alla luce di tutti gli elementi rilevanti di cui dispone, le regole del medesimo codice, in particolare nella parte in cui fanno riferimento al criterio relativo alla dignità della professione, possano essere considerate necessarie al conseguimento dell'obiettivo legittimo collegato a garanzie accordate ai consumatori dei servizi dei geologi”*.

¹²Con la segnalazione AS1452 del 24 novembre 2017.

“avrebbe l’unico effetto di alterare il corretto funzionamento delle dinamiche di mercato e l’efficiente allocazione delle risorse”.

Senza indugiare sul controverso problema della legittimità delle tariffe minime nel diritto dell’Unione Europea e sulla ricognizione della giurisprudenza della Corte di Giustizia (la cui evoluzione, invero, sembra deporre contro l’interpretazione proposta dalla AGCM) ¹³, si può osservare che le censure

¹³Cfr. ALPA, *L’equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, cit., pag. 716; e, diffusamente, DONZELLI, *La legittimità delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di giustizia: tra libera concorrenza e tutela del lavoro autonomo*, nota a Corte Giust. UE, 23.11.2017, cause riunite C427/16 e C428/16, in *Cultura e diritti*, 2018, nn. 1/2, pag.169 e segg.

Come è noto, la Corte di Giustizia (Grande Sezione, 5 dicembre 2006, nei procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04, caso Cipolla) aveva affermato la legittimità delle previgenti tariffe forensi italiane (prima delle disposizioni dettate dai cc.dd. decreti Bersani) osservando, in linea generale, che *“la tutela, da un lato, dei consumatori, in particolare dei destinatari dei servizi giudiziali forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia, e, dall’altro, della buona amministrazione della giustizia sono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, sentenze 12 dicembre 1996, causa C-3/95, Reisebüro Broede, Racc. pag. I-6511, punto 31 e giurisprudenza ivi citata, nonché 21 settembre 1999, causa C-124/97, Läärä e a., Racc. pag. I-6067, punto 33), alla duplice condizione che il provvedimento nazionale di cui si discute nella causa principale sia idoneo a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per raggiungere l’obiettivo medesimo”*. La Corte ha opportunamente rilevato 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”* (punto 67). Sulla scorta di tali considerazioni la Corte ha concluso che *“gli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE non ostano all’adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense quale il Consiglio nazionale forense, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare né per le prestazioni riservate agli avvocati né per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da qualsiasi altro operatore economico non vincolato da tale tariffa”*.

In una successiva pronuncia la Corte di Giustizia (Quarta Sezione, 18 luglio 2013, nella causa C-136/12, relativa ad una asserita intesa restrittiva della concorrenza posta in essere mediante la normativa deontologica adottata dal Consiglio Nazionale dei Geologi, riguardante la commisurazione delle parcelle dei geologi), ha rilevato *“non ogni decisione di un’associazione di imprese che restringa la libertà d’azione delle parti o di una di esse ricade necessariamente sotto il divieto sancito all’articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Infatti, ai fini dell’applicazione di tale disposizione al caso di specie, occorre anzitutto tenere in considerazione il contesto globale nel quale la decisione controversa dell’associazione di imprese in questione è stata adottata o*

formulate dall'Autorità sembrano viziate da un errore di prospettiva ⁽¹⁴⁾, poiché guardano alla disciplina dell'equo compenso dal solo punto di vista delle dinamiche concorrenziali tra professionisti, tralasciando di considerare l'anomalia del rapporto che, nel caso regolato dalle disposizioni in esame, si istituisce tra professionista e committente. La disciplina dell'equo compenso non incide sull'equilibrio del mercato delle prestazioni professionali alterando una corretta esplicazione della concorrenza, ma interviene a correggere una condotta abusiva, tutelando il professionista in condizioni di inferiorità rispetto al cliente ⁽¹⁵⁾. Invero, le disposizioni sull'equo compenso si pongono nella medesima prospettiva funzionale delle norme sull'abuso di dipendenza economica ⁽¹⁶⁾; come que-

dispiega i suoi effetti e, in particolare, i suoi obiettivi, che consistono, nel caso di specie, nel fornire le garanzie necessarie ai consumatori finali dei servizi di cui trattasi”.

Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza della nostra Cassazione. Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 27.9.2010, n. 20269, dove si richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia e si osserva che “una limitazione al principio di libera prestazione dei servizi professionali può essere consentita allorché ‘ragioni imperative di interesse pubblico’ la giustifichino; ragioni che con riferimento alla inderogabilità dei minimi della tariffa degli avvocati vengono individuate nell’esigenza di garantire la qualità della prestazione professionale a tutela degli utenti consumatori e la buona amministrazione della giustizia. Sussistendo questi obiettivi, l’obbligatorietà dei minimi può essere giustificata, dunque, allorché sussista il rischio che, per le caratteristiche del mercato, la concorrenza al ribasso sull’offerta economica tra gli operatori possa pregiudicare la qualità della prestazione”. Ciò premesso, la Cassazione ha ritenuto che “Pur non essendo una garanzia della qualità dei servizi, non si può di certo escludere - ed anzi deve affermarsi - che nel contesto italiano, caratterizzato da una elevata presenza di avvocati, le tariffe che fissano onorari minimi consentano di evitare una concorrenza che si traduce nell’offerta di prestazioni ‘al ribasso’, tali da poter determinare un peggioramento della qualità del servizio”.

¹⁴Cfr. MONTICELLI (*L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediabile dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit., pag. 317 e segg.) il quale, esaminando criticamente le censure rivolte dall'AGCM alla disciplina dell'equo compenso, osserva giustamente che esse “appaiono frutto di una posizione fortemente preconcepita dell'Autorità” che tralascia di considerare “da parte dei cc.dd. clienti forti un uso gravemente distorto dell'autonomia privata in danno dei fiduciari” (così a pag. 318).

¹⁵Cfr. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in Riv. dir. civ., 2016, spec. § 5, pag. 1274 e segg., che distingue tra “asimmetrie di rilievo macroeconomico” e “asimmetrie di rilievo microeconomico”, osservando che la rimozione delle seconde non è volta a perseguire un obiettivo di efficienza del mercato (come avviene per le prime) quanto un obiettivo di giustizia della singola relazione contrattuale.

¹⁶Cfr. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, Europa e dir. priv., 2019, fasc.1, par. 8.1, il quale rileva che la disciplina sull'abuso di dipendenza economica ha costituito “il modello di riferimento per disciplinare la situazione in qualche modo simile (...), in cui possono

ste ultime, esse non hanno l'effetto di restringere e falsare la concorrenza, ma mirano allo scopo di riequilibrare un rapporto contrattuale fortemente sbilanciato, tutelando il contraente 'debole', pur *professionista* secondo le qualificazioni proprie del codice del consumo, rispetto al committente 'forte', pur utente (potremmo dire, '*consumatore*') delle prestazioni professionali dell'avvocato.

4. Mettendo da parte gli aspetti ideologici ed i profili di diritto costituzionale, sembra interessante soffermarsi brevemente su alcuni aspetti privatistici di questa disciplina nella quale il professionista avvocato si ritrova nel ruolo del contraente debole.

Nella disciplina dell'equo compenso, a prima vista, si ritrovano gli stessi principi di fondo e lo stesso strumentario tecnico tipici delle discipline di tutela del consumatore: una regola generale che (come l'art. 33, 1° comma, del codice del consumo) individua il carattere vessatorio di una clausola richiamando il criterio del "*significativo squilibrio*" contrattuale (art. 13 *bis*, cit., quarto comma); una lista di clausole reputate per legge tipicamente vessatorie (art. 13 *bis*, cit., quinto comma); la sanzione della nullità delle clausole vessatorie, che si caratterizza come nullità parziale e 'di protezione', e, dunque, salvaguardando l'efficacia del contratto d'opera professionale ed operando soltanto a favore del contraente debole (art. 13 *bis*, cit., ottavo comma) il quale soltanto è legittimato

venire a trovarsi lavoratori autonomi (e, in particolare, professionisti intellettuali) nei rapporti contrattuali con imprese (non piccole) e pubbliche amministrazioni, le quali — abusando della propria posizione di maggiore forza contrattuale — utilizzino regolamenti negoziali unilateralmente predisposti, che contengono clausole vessatorie". In questo quadro, l'Autore richiama opportunamente la disciplina sull'equo compenso e le sue finalità (v. nota n. 43). Cfr. anche ALAIMO, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pag. 589 e segg.; e FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, *Corr. giur.*, 2018, pag. 217 e segg.

a farla valere ⁽¹⁷⁾ (ma potrebbe anche scegliere di non avvalersene) ⁽¹⁸⁾.

Qui però – ed è questo uno dei profili più innovativi e significativi di queste disposizioni – il legislatore compie un passo più deciso a favore del contraente debole, entrando nel merito economico del patto intervenuto tra il cliente e l'avvocato. Mentre il codice del consumo (art. 34, 2° c., cod. cons.) enuncia espressamente il principio per cui la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non riguarda la determinazione dell'oggetto del contratto e non attiene *“all'adeguatezza del corrispettivo”*, e così restringe il sindacato giudiziale all'assetto normativo del contratto, escludendo un giudizio di proporzionalità tra le caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito ed il

¹⁷Su questi profili in questa sede è sufficiente rinviare ad ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, cit., spec. pag. 718 e segg.; e a MONTICELLI, *op. ult. cit.*, spec. pag. 323 e segg., ed ivi ampi riferimenti alla vastissima letteratura sulle clausole vessatorie nel codice del consumo.

¹⁸In proposito cfr. Cass. S.U., 12.12.2014, n. 26242, dove, con ampia e profonda motivazione, si affronta il tema della rilevanza officiosa della nullità, tenendo conto della funzione e del regime speciale delle nullità di protezione, muovendo dal principio di diritto già enunciato dalle stesse Sezioni Unite con la decisione n. 14828 del 4 settembre 2012, secondo il quale *“alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta)”* (sottolineatura aggiunta). Nella sentenza del 2014 qui richiamata la Cassazione ha osservato che *“Le considerazioni svolte su di un piano generale in ordine alla ratio della nullità (tutela di interessi generali e sovraordinati) non possono automaticamente estendersi alle fattispecie di nullità speciali (il principio deve, peraltro, essere inteso nel senso che il giudice deve rilevare di ufficio la nullità, salvo che il consumatore vi si opponga ...)”*. Tenuto conto che *“non si rinvergono disposizioni normative che espressamente escludano la rilevanza d'ufficio di casi nullità”*, la Cassazione, con riguardo alle nullità cc.dd. protettive, ha ritenuto che *“se il giudice rileva la nullità di una singola clausola (si pensi a una illegittima deroga al principio del foro del consumatore), e la indica come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità). In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità”*.

corrispettivo (¹⁹), in questo caso, invece, il controllo giudiziale supera quel limite e investe direttamente l'equilibrio economico del rapporto (²⁰). Il giudizio non si arresta al confine, invero poco significativo, dell'accertamento della chiarezza e comprensibilità delle clausole attinenti alla determinazione dell'onorario, ma si appunta proprio sulla proporzionalità tra la quantità e la qualità del lavoro

¹⁹Questo aspetto dell'art. 34, 2° comma, cod. cons. è stato lungamente meditato dalla dottrina, che ha evidenziato le caratteristiche ed i confini del sindacato giudiziale sulle clausole vessatorie e sui contratti del consumatore. V. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, spec. pag. 113 e segg. (ed ivi ampi riferimenti alla dottrina formatasi con riguardo all'art. 1469 bis, 1° comma, c.c.); ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002 (I ed.) e 2005 (II ed.), *passim* e pag. 76; GABRIELLI e MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005; AZZARO e SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, I, pag. 44 e segg.; CATRICALA' e PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pag. 94; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3° ed., Torino, 2014; AA.VV., *Diritto dei consumatori* (a cura di ALPA e CATRICALA'), Bologna, 2016, pag. 249 e segg.

Sullo sfondo si pone il problema generale se il giudice possa esercitare un controllo (ed intervenire correttivamente) non solo sullo squilibrio normativo ma anche su quello economico del contratto; problema sul quale esiste una vastissima letteratura: tra le tante opere v. ROPPO, *op. cit.*, (dove si evidenzia l'evanescenza dei confini tra squilibrio economico e squilibrio normativo); MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pag. 409. Più in generale, cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2000, p. 21 e segg.; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004; BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, *passim*; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pag. 663; GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008; BENEDETTI A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Annali Enc. Dir.*, V, Milano 2012, pag. 370 e segg.; D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit.

Distinguendo nettamente il controllo sullo squilibrio normativo da quello sull'equilibrio economico del contratto, la Cassazione ha osservato che “il controllo giudiziale sul contenuto dei contratti stipulati con il consumatore è circoscritto alla componente normativa del contratto, restando preclusa ogni valutazione in ordine alle caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito ed all'adeguatezza tra le reciproche prestazioni, dal momento che l'art. 1469-ter c.c., comma 2, si limita a richiedere che l'oggetto del contratto ed il corrispettivo pattuito siano individuati in modo chiaro e comprensibile” (così Cass., Sez. I, 20.9.2013, n. 21600).

²⁰Cfr. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, cit., pag. 720, il quale giustamente osserva che “sotto tale profilo, la disciplina dettata dalla legge forense – nonostante le rilevate affinità testuali – si differenzia sensibilmente dalle disposizioni del codice del consumo”, traendone la conseguenza che, pertanto, queste ultime disposizioni “non possono trovare applicazione ai rapporti professionali regolati dalle convenzioni di cui all'art 13 bis, comma primo, legge forense”. Tale conclusione è rafforzata dalla considerazione che i “clienti” ai quali si riferisce la disciplina dell'equo compenso certamente non potrebbero essere qualificati come consumatori secondo le disposizioni del codice del consumo.

prestato dall'avvocato ed il compenso previsto nella convenzione.

Questo cambiamento di passo del legislatore è agevolmente spiegabile se si considera la natura del sinallagma che si istituisce tra il professionista avvocato e il cliente: mentre nel caso del codice del consumo il consumatore paga un prezzo per acquisire il bene o il servizio fornito dal professionista, nel nostro caso è il contraente debole – vale a dire, l'avvocato – che rende il servizio, ma il corrispettivo è determinato unilateralmente dal cliente, che qui è il contraente forte. Da ciò – per tutelare il lavoro del prestatore d'opera professionale – la necessità di sindacare la adeguatezza del compenso (stabilito dal cliente) alle caratteristiche quantitative e qualitative del lavoro svolto dall'avvocato; di entrare nel merito economico dello scambio e di ricondurlo ad equità. In poche parole, ciò che spiega e giustifica la maggiore incisività dell'intervento normativo risiede nella esigenza di tutela del lavoro e della dignità della persona (²¹).

Perciò l'intervento giudiziale passa attraverso una valutazione dell'adeguatezza economica del compenso previsto dalla convenzione in favore dell'avvocato e non si ferma alla dichiarazione di nullità delle clausole vessatorie, ma si estende alla determinazione del compenso che sarà dovuto al professionista.

5. Uno degli aspetti più importanti e problematici della disciplina dell'equo compenso attiene alla rilevanza dei parametri stabiliti nel decreto del Ministro della Giustizia, richiamati dall'art. 13 della Legge Forense ai fini della determinazione del compenso spettante al professionista. Non è questa la sede per ripercorrere la storia tormentata delle liberalizzazioni, dell'abolizione dei minimi tariffari, dell'abrogazione delle Tariffe Forensi, dell'introduzione dei parametri e della loro efficacia. Storia che Colavitti ha efficacemente sintetizzato

²¹V. *supra* al par. 3.

nel suo saggio ⁽²²⁾; e che Guido Alpa ha vissuto e combattuto da protagonista.

Occorre piuttosto rilevare che la disciplina dell'equo compenso ha valorizzato detti parametri assai oltre quella che era la loro originaria ed unica funzione. Per l'art. 13, 6° comma, della Legge Forense – in un rapporto professionale che potremmo definire 'ordinario' – i parametri stabiliti nel decreto del Ministro della Giustizia ⁽²³⁾ trovano applicazione *“quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge”*. Secondo una consolidata interpretazione della Cassazione, nel caso di liquidazione giudiziale, i parametri di determinazione del compenso per le prestazioni defensionali forniscono al Giudice *“solo criteri di orientamento della liquidazione del compenso, individuando, al contempo, la misura economica standard (quella media) del valore della prestazione professionale”* ⁽²⁴⁾.

Ben diversa e ben più pregnante la funzione assunta dai parametri nella disciplina dettata dall'art. 13 *bis* con riguardo ai rapporti professionali c.d. convenzionati.

Nella disciplina sull'equo compenso i parametri, da un lato, costituiscono

²²V. COLAVITTI, *L'equo compenso degli avvocati tra costituzione e mercato*, cit., pag. 196 e segg. V. anche ALPA, *op. ult. cit.*, pag. 727; e MONTICELLI, *op. ult. cit.*, pag. 301 e segg.

²³Vedi il D.M. 10 marzo 2014, n. 55 (G.U. n. 77 del 2.4.2014) come da ultimo modificato dal D.M. 8 marzo 2018, n.37 (G.U. n. 96 del 26.4.2018) *Regolamento recante modifiche al decreto 10 marzo 2014, n. 55, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*.

²⁴V. Cass. civ., ord., 18.12.2017, n. 30351, dove si aggiunge che *“solo in caso di scostamento apprezzabile dai valori medi della tabella allegata al D.M. n. 55 del 2014 il giudice è tenuto ad indicare i parametri che hanno guidato la liquidazione del compenso; scostamento che può anche superare i valori massimi o minimi determinati in forza delle percentuali di aumento o diminuzione, ma in quest'ultimo caso fermo restando il limite di cui all'art. 2233 c.c., comma 2, che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione (in tale prospettiva, cfr. Cass. n. 25804/2015, Cass. n. 24492/2016 e Cass. n. 20790/2017)”*.

il metro in base al quale valutare la vessatorietà – e dunque la validità – delle convenzioni intervenute tra l'avvocato e il cliente ⁽²⁵⁾; dall'altro, forniscono il criterio secondo il quale determinare il compenso spettante all'avvocato, attraverso un meccanismo di eterointegrazione che scatta a seguito della dichiarazione di nullità parziale della convenzione. Ai sensi dell'art. 13 *bis*, 10° comma, il Giudice, accertata la non equità del compenso, *“determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6”*.

Sotto un profilo formale, si può dubitare che il nuovo (ed 'equo') compenso determinato dal Giudice *‘tenendo conto dei parametri’* si inserisca nel contratto d'opera professionale ai sensi dell'art. 1339 c.c. ⁽²⁶⁾. Il meccanismo di inserzione automatica regolato dall'art. 1339 c.c., da un lato, presuppone l'esistenza di una norma inderogabile, che, nel caso in esame, difficilmente po-

²⁵Cfr. ALPA (*op. ult. cit.*, pag. 726) il quale opportunamente distingue il caso in cui la nullità (per vessatorietà) riguardi le clausole relative al compenso da quello in cui le clausole vessatorie siano relative ad altri aspetti del rapporto professionale regolato dalle convenzioni. Nel primo caso – osserva ALPA – il Giudice, dichiarata la nullità delle clausole, procede alla determinazione del compenso spettante all'avvocato tenendo conto dei parametri, poiché *“opera la regola secondo cui la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative ai sensi dell'art. 1419, comma 2°, cod. civ. Dunque, una volta che il giudice ha determinato il compenso equo che sostituisce quello fissato dalla clausola dichiarata nulla, “il resto” del contratto “rimane valido”, sicché tutti gli altri profili dell'assetto di interessi regolato dalla convenzione rimangono inalterati”*. Diversamente, nel caso in cui la nullità riguardi clausole (vessatorie) relative ad altri aspetti del rapporto contrattuale, *“il giudice deve limitarsi a dichiarare la nullità della clausola vessatoria, senza che operi alcuna inserzione automatica di clausole ex art. 1339 cod. civ.”* (loc. cit.).

²⁶Al meccanismo di inserzione automatica ex art. 1339 c.c. sembra fare riferimento ALPA (*loc. ult. cit.*) che richiama l'art. 1419, 2° comma, c.c., con riguardo al caso in cui il Giudice dichiari la nullità della clausola vessatoria relativa al compenso non equo. In senso diverso pare, invece, orientato, MONTICELLI (*L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, cit.) il quale osserva che quando *“la nullità riguardi la determinazione convenzionale del compenso perché non equa, la convenzione verrà integrata dal giudice che determinerà il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri ministeriali”* (pag. 331); precisando che il potere di eterointegrazione del Giudice dovrà essere esercitato *“tenendo conto, caso per caso, della quantità e della qualità del lavoro svolto, nonché del contenuto e delle caratteristiche della prestazione legale al fine di modulare, con riferimento a ciascun incarico professionale originato dalla convenzione, il potere di eterointegrazione del giudice, sempre nell'ambito della forchetta stabilita dall'art. 4 d.m.”* (pag. 333).

trebbe rintracciarsi nel decreto del Ministro della Giustizia che stabilisce i parametri; dall'altro, secondo la giurisprudenza ⁽²⁷⁾, sembra destinato ad operare soltanto in presenza di norme che forniscano una precisa predeterminazione della clausola (o del prezzo) che andrà a sostituirsi a quella difforme.

Ciò che caratterizza la tecnica dell'art. 1339 c.c. è proprio l'automatismo della sostituzione, che prescinde da valutazioni discrezionali del Giudice in ordine all'elemento (la clausola o il prezzo) che viene ad inserirsi nel contratto. In questo caso, invece, è il Giudice che *'determina'* il compenso spettante all'avvocato; e lo determina *"tenendo conto dei parametri"* stabiliti nel Regolamento del Ministro della Giustizia. Ed il Regolamento, come è noto, lascia al Giudice un ampio grado di elasticità nella determinazione del compenso: prevede dei valori medi ma prende anche in considerazione una serie di fattori, qualitativi e quantitativi, che consentono al Giudice di incrementare o di ridurre quei valori in misura significativa ⁽²⁸⁾. Spetta al Giudice di valutare la effettiva sussistenza dei fattori che, in astratto, consentono di discostarsi dai valori medi, come di stabilire la misura dell'aumento o della riduzione.

²⁷In questo senso depone soprattutto una conforme giurisprudenza dei Giudici amministrativi: cfr. Cons. Stato Sez. III, 1.4.2015, n. 1722; Cons. Stato Sez. V, 9.3.2015, n. 1166; Cons. Stato Sez. III, 24.6.2014, n. 3195; Cons. Stato Sez. V, 17.6.2014, n. 3056; Cons. Stato Sez. III, 18.10.2013, n. 5069. V. anche la più risalente Trib. Milano, 9.7.1992 (secondo la quale *"Il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c. trova applicazione nei casi in cui la norma imperativa rechi una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola contrattuale difforme"* (solo massima, in *Pluris*).

²⁸Ad esempio, in materia di compensi per prestazioni giudiziali, l'art. 4 del Regolamento dettato dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55, stabilisce che *"Ai fini della liquidazione del compenso si tiene conto delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate. In ordine alla difficoltà dell'affare si tiene particolare conto dei contrasti giurisprudenziali, e della quantità e del contenuto della corrispondenza che risulta essere stato necessario intrattenere con il cliente e con altri soggetti"*. In applicazione dei parametri generali, i valori medi potranno *"essere aumentati, di regola, fino all'80 per cento, o diminuiti fino al 50 per cento. Per la fase istruttoria l'aumento è di regola fino al 100 per cento e la diminuzione di regola fino al 70 per cento"*. Disposizioni parimenti elastiche sono dettate con riguardo all'attività penale (art. 12 Reg.) e all'attività stragiudiziale (art. 19 Reg.).

Il meccanismo di 'sostituzione' previsto dal comma 10 dell'art. 13 *bis* non potrà, dunque, svolgersi in modo immediato ed automatico, come nel caso dell'art. 1339 c.c., ma necessiterà della mediazione valutativa del Giudice.

6. Come si è detto, per l'art. 13 *bis*, 2° comma, il compenso si reputa '*equo*' quando risulta

- *"proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale,*
- *e conforme ai parametri previsti"* dai Decreti ministeriali.

Ad un primo esame, dunque, sembrerebbe che per stabilire l'equità del compenso sia necessario verificare la sussistenza di due distinti ed autonomi requisiti: *a)* la adeguatezza / proporzionalità del compenso al contenuto e alle caratteristiche quantitative e qualitative della prestazione professionale dell'avvocato; e *b)* la sua conformità ai parametri.

Due requisiti che, sotto un profilo testuale, si presentano come distinti e concorrenti; onde la carenza anche di uno soltanto di essi comporterebbe la "*non equità del compenso*" e la vessatorietà della corrispondente clausola ⁽²⁹⁾. Ma, a ben vedere, il metro in base al quale misurare l'equità del compenso si risolve proprio nei parametri, che per effetto dell'art. 13 *bis*, assumono un rilievo davvero centrale e decisivo ⁽³⁰⁾.

Mentre un compenso non conforme ai parametri è sicuramente iniquo, la conformità ai parametri sembra assorbire qualunque indagine sulla proporzionalità del compenso al contenuto e alle caratteristiche qualitative e quantita-

²⁹V. ALPA (*L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, cit., pag. 718) il quale rileva che i due requisiti indicati dall'art. 13 *bis*, 2° comma, sono "*concorrenti, non alternativi*", sicché "*Se manca anche uno soltanto dei requisiti il compenso non è equo*".

³⁰Cfr. MONTICELLI (*op.ult.cit.*, pag. 315) il quale rileva che "*I parametri forensi divengono, pertanto, il criterio decisivo per rendere proporzionale la misura del compenso del fiduciario alla quantità e qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale*".

tive della prestazione legale. Infatti, sono gli stessi decreti ministeriali (che stabiliscono i parametri) a prevedere la possibilità di un incremento o di una riduzione dei valori medi in considerazione delle caratteristiche qualitative e quantitative dell'attività professionale. Ne consegue che una liquidazione del compenso effettivamente rispettosa dei parametri già implica che si tenga conto di quelle caratteristiche.

Dunque, come un compenso non conforme ai parametri è certamente 'non equo', un compenso conforme (tenendo anche conto dei criteri di adeguamento, in aumento o in diminuzione, stabiliti dagli stessi decreti ministeriali) deve necessariamente reputarsi equo. In altre parole, la conformità ai parametri – rettamente applicati – già incorpora una valutazione dell'importanza, del contenuto, delle specifiche caratteristiche della prestazione professionale dell'avvocato.

Una riprova è offerta dallo stesso art. 13 *bis*, comma 10, secondo il quale il giudice, dichiarata la nullità della clausola vessatoria, "*determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri*" previsti dai decreti ministeriali. Orbene, non avrebbe senso che il giudice possa reputare iniquo il compenso conforme ai parametri, reputandolo non proporzionato alle caratteristiche quantitative e qualitative della prestazione professionale, se poi, una volta dichiarata la nullità, dovesse procedere alla determinazione del compenso facendo applicazione proprio di quei parametri. La dichiarazione di nullità riuscirebbe inutile, poiché, in fin dei conti, per via giudiziale si tornerebbe al medesimo compenso.

Nella prospettiva ora segnalata emerge la duplice rilevanza 'decisiva' dei parametri: rilevanti sia sotto il profilo, per così dire, demolitorio, che sotto quello ri-costruttivo. Sulla base dei parametri il Giudice decide se la clausola relativa al compenso è valida o nulla; e, in questa seconda ipotesi, sulla base degli stessi parametri integra il rapporto contrattuale determinando la corretta (ed 'equa')

misura del compenso dovuto.

7. Un altro aspetto meritevole di attenzione riguarda la rilevanza di una eventuale trattativa individuale tra il cliente e l'avvocato in ordine alla convenzione o alle sue singole clausole.

È stato osservato che, ove le clausole siano qualificabili come vessatorie ai sensi dell'art. 13 *bis*, *"la trattativa individuale o la conferma della clausola da parte dell'avvocato non valgono ad escludere la vessatorietà, e quindi la nullità della clausola"* ⁽³¹⁾.

Può certamente condividersi la tesi della irrilevanza – ai fini della validità delle clausole – di una semplice conferma della clausola vessatoria da parte dell'avvocato; come parimenti irrilevante dovrebbe reputarsi una mera dichiarazione dell'avvocato di avvenuta negoziazione e condivisione di un testo contrattuale che, in realtà, sia stato unilateralmente predisposto dal 'cliente forte'; e pure irrilevante deve ritenersi la tecnica di un finto rovesciamento di ruoli, per cui il testo della convenzione predisposto dal cliente venga apparentemente proposto dall'avvocato. Si tratta di espedienti ⁽³²⁾, frequentemente suggeriti o imposti dagli stessi clienti, volti (manifestamente ed inutilmente) ad eludere l'applicazione della disciplina protettiva in favore dell'avvocato, superando la presunzione sancita dall'art. 10 *bis*, 3° comma, secondo la quale le convenzioni *"si presumono unilateralmente predisposte dalle imprese ... salvo prova contraria"*.

L'irrilevanza di queste tecniche strumentali trova conferma nella disposi-

³¹V. ALPA, *op.ult.cit.*, pag. 726.

³²Come rileva opportunamente ALPA (*op.ult.cit.*, pag. 717), il quale osserva che *"comunque si voglia concludere il contratto, cioè con l'adesione sic et simpliciter alla convenzione predisposta, oppure la si ricopi in testo sottoposto all'avvocato per la sua accettazione e sottoscrizione, oppure ancora si rovesci la modalità di concludere il contratto, e cioè si chiedi all'avvocato di copiare il testo della convenzione, riportandolo su una lettera che è rivolta al cliente a mo' di offerta, che questi accetti, non fa differenza ai fini del controllo giudiziale e ai fini della applicazione della disciplina vigente"*.

zione dettata dal 7° comma dell'art. 13 *bis* ai sensi della quale *“non costituiscono prova di specifica trattativa ed approvazione di cui al comma 5 le dichiarazioni contenute nelle convenzioni che attestano genericamente l'avvenuto svolgimento delle trattative senza specifica indicazione delle modalità con le quali le medesime sono state svolte”*. Tale disposizione è stata giustamente criticata dalla dottrina per il suo improprio riferimento alla *“prova di specifica trattativa ed approvazione di cui al comma 5”*, che, invece, nel suo testo attuale, non conferisce alcun rilievo e neppure menziona l'ipotesi di una *“specifica trattativa ed approvazione”* delle clausole vessatorie ⁽³³⁾. Tuttavia, benché la disposizione del 7° comma dell'art. 13 *bis* denoti certamente una grave disattenzione del legislatore ed un evidente difetto di coordinamento del testo normativo nella sua successiva modifica, il principio ivi stabilito mantiene un significato, sia pure indicativo, in ordine alla irrilevanza di dichiarazioni generiche – contenute nella convenzione – volte ad eludere l'applicazione della disciplina sull'equo compenso. Un principio la cui valenza normativa si può cogliere e recuperare con riguardo alla disposizione dettata dal già ricordato 3° comma, dell'art. 13 *bis*, secondo la quale *“Le convenzioni di cui al comma 1 si presumono unilateralmente predisposte dalle imprese di cui al medesimo comma salvo prova contraria”*. La *‘prova contraria’* prevista da tale disposizione per vincere la presunzione di unilaterale predisposizione da parte del *‘cliente forte’* della convenzione professionale sot-

³³Viceversa, l'art. 13 *bis* nel testo dettato dall'art. 19-*quaterdecies* del d.l. 6 ottobre 2017, n. 148 (con le modifiche introdotte dalla legge di conversione L. 4 dicembre 2017, n. 172), distinguendo le clausole vessatorie in due distinte categorie, al 5° comma, forniva un elenco di clausole che *“si considerano vessatorie, salvo che siano state oggetto di specifica trattativa e approvazione”*; e prevedeva, poi, al 6° comma, che talune di dette clausole (e precisamente quelle di cui al comma 5, lettere a e c), *“si considerano vessatorie anche qualora siano state oggetto di trattativa e approvazione”*, introducendo così solo per tali ultime clausole una presunzione assoluta non superabile con alcuna prova contraria. Questa disciplina è stata poi superata dalle modifiche apportate all'art. 13 *bis* della Legge di bilancio 2018 (art. 1, comma 488, L. 27 dicembre 2017, n. 205), a seguito delle quali nel comma 5° è stato soppresso il riferimento alla trattativa individuale; onde quella presunzione assoluta è stata estesa a tutte le clausole ivi elencate, che *“si considerano vessatorie”* senza consentire alcuna prova in senso opposto. V. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, pag. 308.

toscritta dall'avvocato non può, dunque, consistere in semplici dichiarazioni, contenute nelle convenzioni stesse ⁽³⁴⁾, che diano atto genericamente dello svolgimento di una trattativa senza precisarne le effettive modalità.

Mentre si condivide l'affermazione della irrilevanza di mere dichiarazioni di approvazione o conferma delle clausole vessatorie o di generiche ed indimostrate attestazioni di avvenuto svolgimento di trattative, si può dubitare della tesi secondo la quale la trattativa individuale risulterebbe comunque insignificante e priva di effetti ⁽³⁵⁾.

È vero, infatti, che nel 5° comma dell'art. 13 *bis*, nella elencazione delle clausole che *'si considerano vessatorie'*, è stato soppresso l'inciso *"salvo che siano state oggetto di specifica trattativa e approvazione"* ⁽³⁶⁾, ma occorre considerare che l'ambito di applicazione della disciplina dell'equo compenso è comunque relativo alle *"convenzioni unilateralmente predisposte"* dalle imprese bancarie e assicurative e dalle altre grandi imprese committenti. Convenzioni individuate nel 1° comma dell'art. 13 *bis*, alle quali fanno riferimento anche le disposizioni dettate nel 2°, nel 3° e nel 4° comma (nel quale si introduce in termini generali il criterio di definizione delle clausole vessatorie regolate dall'art. 13 *bis*). Dunque, una convenzione che pure prevedesse un compenso iniquo ma fosse contenuta in una convenzione frutto di un effettivo negoziato tra il cliente (anche un grande cliente) e l'avvocato sfuggirebbe all'applicazione della disciplina dell'equo compenso. Ed all'avvocato non resterebbe altro rifugio che l'art. 2233 cod. civ., secondo comma.

Quanto alla prova dell'esistenza di una specifica trattativa individuale,

³⁴Come pure in eventuali lettere di accompagnamento o dichiarazioni collaterali alle convenzioni.

³⁵In questo senso sembra orientato ALPA (*op. ult. cit.*, pag. 716), il quale osserva che la disposizione di cui al comma 7° dell'art. 13 *bis* risulterebbe inapplicabile *"in quanto l'essere state – le clausole della lista – oggetto di trattativa non è più una ragione di validità di tali clausole e quindi la trattativa non ha più alcun significato ai fini della valutazione della loro vessatorietà"* (nello stesso senso v. a pag. 726, dove si rileva che *"la trattativa individuale o la conferma della clausola da parte dell'avvocato non valgono ad escludere la vessatorietà"*).

³⁶V. *supra* nota n. 33.

può certamente richiamarsi la consolidata giurisprudenza formatasi in materia di clausole vessatorie e di tutela del consumatore, secondo la quale ricade a carico del professionista l'onere di fornire la prova del fatto positivo dello svolgimento di una trattativa individuale, seria ed effettiva (³⁷). In questo caso, per effetto di quel singolare rovesciamento di ruoli che caratterizza la disciplina dell'equo compenso (³⁸) non incombe sull'avvocato (professionista sì, ma, in questa ipotesi, contraente debole) l'onere di provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione della convenzione, bensì sul committente, '*cliente forte*', l'onere di dimostrare che la convenzione rappresenti l'esito di una seria ed effettiva trattativa individuale.

Attilio Zimatore

³⁷La giurisprudenza in materia è molto vasta: v. Cass., III Sez., ord. 20.8.2010, n. 18785, con nota di FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pag. 107 e segg. ed ivi esaurienti indicazioni di dottrina e giurisprudenza. V. pure Cass., VI Sez., ord. 10.7.2013, n. 17083.

³⁸V. *supra* al par. 2.

INNOVAZIONE TECNOLOGICA E DIRITTO DELL'ECONOMIA

Oggi sono lieta di poter svolgere alcune considerazioni in merito ad un volume così ricco di contributi eterogenei e che, attraverso l'indagine critica di studiosi e amici, ripercorre le incursioni di Guido Alpa su temi che spaziano dalla teoria generale, all'interpretazione, dal diritto societario ai rapporti tra contratto e mercato, consumatori e istituzioni, evidenziando come molte delle riflessioni che Guido Alpa ha condotto nel corso del tempo si rivelino, ancora oggi, di significativa attualità e d'impatto nel dibattito contemporaneo.

Tale capacità del lavoro di Guido Alpa di persistere nel corso del tempo - questa resilienza, potremmo dire - è a mio avviso il riflesso di un aspetto che accomuna la totalità della sua indagine nei vari ambiti del sapere giuridico, che è quello di confrontarsi, nei propri lavori, con il tema della complessità. La necessità di confrontarsi con la complessità sociale, economica, tecnologica, rappresenta il *fil rouge* della tela che Guido Alpa ha intessuto nel corso del tempo, abbracciando una concezione del giurista quale intellettuale profondamente immerso nel suo tempo, disposto a fornire risposte di fronte alle sfide che le contraddizioni del mondo globale pongono al diritto e alla cultura dei diritti e ad assumere il ruolo di referente istituzionale a istanze e bisogni diffusi nella società.

Parole, queste, che lo stesso Guido Alpa adoperava in una riflessione da lui curata, nel 2013, su "La Vocazione Civile del giurista"¹ e dedicata ad un altro maestro del diritto (Stefano Rodotà), ma che ben si adattano anche ai caratteri della sua persona.

Una vocazione civile, quella richiamata da Guido Alpa, che si presenta og-

¹AA. VV., *La Vocazione Civile del Giurista. Saggi Dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, 2013. I saggi del volume, firmati da prestigiosi giuristi italiani e stranieri, delineano le nuove frontiere del diritto sulle quali si è battuto Stefano Rodotà, insigne giurista impegnato nella difesa dei diritti civili e dei valori fondamentali della democrazia, nel corso della sua attività scientifica e pubblicistica, nella sua attività parlamentare e nell'ambito dei suoi molteplici incarichi istituzionali, il dilemma del legislatore moderno.

gi più che mai necessaria, a fronte delle sfide che si pongono di fronte alla società contemporanea e alla grande incertezza che anima il dibattito giuridico alla luce dell'incapacità della dogmatica tradizionale di fornire una chiave di interpretazione per inquadrare i caratteri delle relazioni intersoggettive e che dia risposte adeguate agli interrogativi che il divenire sociale pone.

Proprio di governo della complessità parla non a caso Francesco Capriglione nel suo contributo², riflettendo sui limiti dell'istituzioni internazionali e sulle difficoltà del processo di integrazione europea che, se in origine doveva costituire un punto fermo nell'affermazione di nuovi equilibri globali, vive oggi una stagione caratterizzata da profonde incertezze e sfiducia da parte di ampie frange della società civile; donde l'esigenza di avviare un processo che conduca ad una innovativa definizione dei modelli socio-politici di riferimento.

In particolare, si evidenzia la necessità di una rivisitazione delle modalità di gestione dei processi economici e di abbandono del modello intergovernativo in funzione di un rinnovamento della linea politica dell'Unione Europea, politica che invece – come tutti sappiamo – deve essere improntata a solidarietà, condivisione e coesione, contro i modelli divisivi che oggi tanta eco raccolgono.

E questo mutamento richiede una ridefinizione critica sul ruolo del diritto (privato e pubblico) e della tecnica, nonché sul rapporto tra questi due poli – altri temi, questi, ai quali Guido Alpa ha dedicato ampia riflessione nel corso della propria vita³ e che trovano grande spazio nelle pagine del volume – nella difficile interazione con il progredire del fenomeno tecnologico.

Con riferimento al primo aspetto, la riflessione particolarmente approfondita è dedicata alle *complessità* che caratterizzano la dualità tra diritto pubblico e diritto privato nel cd. diritto post-moderno, come si usa ormai denomi-

²Cfr. CAPRIGLIONE, *L'EU alla ricerca di nuovi equilibri tra armonizzazione normativa, convergenza economica e sovranismi*, p. 109 ss.

³Di recente su tutti, G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Mucchi, 2017.

nare la fase storica che stiamo attraversando.⁴

La pluralità delle fonti derivante dai fenomeni di globalizzazione ha reso più fluido e più complesso il quadro normativo stabilizzando, da un lato, la costituzionalizzazione del diritto privato, con l'applicazione di valori costituzionali ai rapporti tra privati, dall'altro lato, con l'espandersi delle fonti del diritto privato europeo, si è registrata la "europeizzazione" del diritto privato.⁵ Si è poi manifestata una specie di "privatizzazione" del diritto pubblico, con il ricorso a strumenti del diritto privato per perseguire interessi pubblici o per definire le condotte delle pubbliche amministrazioni. Un aspetto, questo, a cui Fabio Merusi dedica una riflessione nel suo scritto sulla capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione, che pone in una diversa luce l'interpretazione dello stesso dettato costituzionale, come l'autore acutamente rileva interrogandosi sul ruolo dell'art. 41 Cost e della nozione di "attività economica pubblica" a fronte del potenziale verificarsi di situazioni di insolvenza delle società pubbliche.⁶

Con riferimento al secondo aspetto, bisogna invece osservare come all'interno dello stesso sistema del diritto privato, ampio spazio di indagine critica è dedicato al ripensamento (opportuno? necessario?) delle categorie tradizionali alla luce dell'imporsi dei fenomeni connessi alla cd. società dell'informazione, con riferimento in particolare alla digitalizzazione dei beni e dei servizi, nonché all'imporsi di tecnologie basate sull'elaborazione algoritmica e lo sfruttamento dell'intelligenza artificiale.

Tali riflessioni trovano adeguato compendio nella critica formulata da Guido Alpa alla nota distinzione tra diritto privato e pubblico, avendo egli sem-

⁴La locuzione si deve a MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995.

⁵V. ex multis ZIMMERMANN, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006.

⁶Cfr. MERUSI, *Dalla capacità di diritto privato generale alla capacità speciale nella legge sulle società a partecipazione pubblica*, p. 217 ss.

pre dato grande spazio nelle sue indagini a tale tematica fino a valutarne gli specifici effetti che essa presenta nella difficile interazione con la nascita e il progredire del fenomeno tecnologico.

La tecnologia ci ha sorpreso, rivelando una realtà sociale inattesa.

Ed è proprio con riguardo ai profili che caratterizzano l'essenza del fenomeno tecnologico che si rinvencono incisive pagine di Alpa, che a giusta ragione possiamo definire un precursore del diritto cybernetico e degli studi che analizzano in modalità sempre più frequenti l'incidenza dell'innovazione tecnologica sul diritto e sulla finanza.⁷

Passando ad un rapido esame dei contributi con cui alcuni studiosi hanno voluto esprimere i sensi della loro ammirazione ed amicizia per Guido Alpa, tengo a precisare che una parte significativa di questi è dedicata proprio alla tematica della interazione tra diritto, finanza e tecnologia.

Come rileva Luca di Donna nel suo scritto sul "Contratto ai tempi dell'intelligenza artificiale e la giustizia predittiva", Guido Alpa è stato tra i primi a comprendere quanto le intersezioni tra diritto e tecnologia avrebbero inciso sull'attività dei giuristi e, più in generale, sul sistema giuridico complessivamente inteso.⁸ L'autore, nella sua indagine, dedica in particolare le proprie pagine al dibattuto tema del contratto nel terzo millennio, cercando di ricondurre entro i confini della certezza giuridica fornita dalle categorie tradizionali i fenomeni di automazione connessi all'affermarsi dei cd. *smart contract*, ossia sistemi operativi ove la tradizionale struttura di conclusione dell'accordo viene traslata in programmi informatici, ed il testo contrattuale diviene un codice crittografato che può essere letto da un *hardware* abilitato a farlo, garantendo un'asserita

⁷Cfr. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Dir. Civ., comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, p. 2019 ss.; ID. *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. Civ. commentata*, 2018 7-8, p. 1158.

⁸Cfr. ALPA, *Cyber Law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di internet*, in *Nuova giur. Civ. commentata*, 1998, fasc. 6, II, p. 385 ss.

auto-esecutività e un *self-enforcement* del contratto, in grado di tutelare le parti del sinallagma e più in generale la stabilità degli assetti di mercato.⁹

In questo senso, tale autore non manca di sollevare incertezze in ordine alle nozioni tradizionali del diritto dei contratti (si pensi agli istituti dell'oggetto, della forma, e della causa del sinallagma) di fronte ad accordi – ma, più propriamente, a protocolli – destinati ad auto-eseguirsi e a sussumere tutti gli aspetti della relazione negoziale all'interno di un programma computerizzato.

Nondimeno, su tale dibattuta problematica mi preme tornare ancora una volta alla riflessione di Guido Alpa, secondo il quale il diritto si trova spesso a rincorrere le scoperte scientifiche e le applicazioni tecniche ai rapporti economici; ciò deducendo - a fronte dell'assenza di autorità internazionali totalizzanti e al sempre più fragile assetto dell'ordine giuridico a diversi livelli - che il compito del giurista è anche quello di riportare tali profili problematici nel solco della razionalità dogmatica, smarcandosi da un (pur comprensibile) eccessivo entusiasmo per il nuovo ritrovato tecnologico ogniqualvolta questo risulti di ostacolo al mantenimento del rigore analitico che deve, sempre e comunque, guidare la nostra attività di interpretazione del reale. Alpa risolve, attraverso la sua sete di ricomposizione delle difficoltà, il dilemma del giurista moderno tra ragione e buon senso.¹⁰

Proprio questo aspetto pongono in luce, nella loro analisi, Roberto Pardolesi e Antonio Davola¹¹ i quali - ponendosi in ottica di controparte critica rispetto a chi propugna (nei casi più modesti, l'introduzione di un *corpus* normativo dedicato, mentre in quelli più arditi) la necessità strutturale di una ridefinizione del diritto dei contratti a fronte dell'emersione degli *smart contract* e di

⁹Sebbene la formula abbia trovato ampio accoglimento presso la dottrina contemporanea, la definizione si deve, come noto, SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996.

¹⁰Cfr. ALPA, ROPPO (a cura di), *il Diritto Privato nella Società Moderna*, Jovene, 2005, *passim*.

¹¹Cfr. PARDOLESI, DAVOLA, «*Smart Contract*»: *Lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, p. 297 ss.

quella che ormai costituisce la loro piattaforma operativa d'elezione, la *blockchain* – mettono in guardia contro l'errato sillogismo metodologico-concettuale secondo il quale ad un'innovazione tecnologica debba corrispondere, necessariamente, un'innovazione giuridica: ad avviso degli autori un ripensamento dello *ius quo utimur* si presenterà come opportuno infatti solo laddove questi determinino l'insorgere di nuovi rapporti, fenomenologie di rischi ovvero modalità di interazione tra consociati, le quali trovino inadeguata disciplina nel panorama *de iure condito*.

Naturalmente, e gli Autori stessi lo riconoscono, è ben possibile che l'innovazione tecnologica vada a modificare qualitativamente un assetto esistente, svelando, nei fatti, l'inidoneità della regolamentazione previgente a perseguire valori e obiettivi di tutela — i quali, si noti, potrebbero rimanere i medesimi — che questa si proponeva di perseguire quando è stata sviluppata (ossia per disciplinare il fenomeno nella sua «versione pre-innovazione»). Nondimeno, affinché ciò accada, è necessario ch'essa raggiunga un tasso di significatività — in termini di diffusione ed utilizzo — presso la platea dei consociati, ed in merito a questo aspetto ci troviamo, forse, ancora di fronte ad un panorama incerto.

Invece, appare fin da ora certo come la pervasività delle tecnologie digitali abbia già contribuito a modificare radicalmente il ruolo del consumatore nelle dinamiche di mercato: l'affermarsi di strategie commerciali basate sulla *customer centrality* e l'imporsi del c.d. consumatore omni-canale — sulla scena sono infatti elementi fortemente distonici rispetto al modo tradizionale di intendere il rapporto di consumo -, richiedono (come osserva Laura Ammannati nel suo contributo su consumatore digitale e digitalizzazione del consumatore)¹² di introdurre soluzioni normative in grado di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori a fronte dei fenomeni di personalizzazione e profilazione

¹²Cfr. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale. Consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, p. 427.

dell'offerta di prodotti.

Emerge quindi uno scenario nel quale il consumatore, da sempre al centro degli studi di Guido Alpa (e mi riferisco soprattutto al suo eccellente volume sul Diritto dei consumatori)¹³, è coinvolto nei crescenti fenomeni di spersonalizzazione dei rapporti intersoggettivi indotti dall'innovazione digitale.

Naturalmente, l'impatto delle *emerging technologies* non si riflette soltanto sulle categorie tradizionali del diritto privato, assumendo connotazioni invero specifiche e meritevoli di trattazione autonoma in diversi settori di interazione degli agenti professionali di mercato, tra cui spiccano – oggetto di contributo nel volume – il settore finanziario, quello bancario e quello assicurativo.

Con particolare riferimento a queste aree si evidenziano riflessioni che si concentrano sulle implicazioni derivanti dai crescenti fenomeni di spersonalizzazione del rapporto B2C. come tiene a sottolineare Andrea Miglionico, il quale approfondisce il ruolo giocato dai sistemi automatizzati – in forma sostitutiva ovvero ausiliaria dell'*agere* umano – nel ridefinire nuovi profili di responsabilità e nuove necessità di protezione per i consumatori nel loro interfacciarsi con la prassi dei professionisti dei settori bancario e finanziario.¹⁴

Io stessa, nel mio contributo, mi ricollego alle riflessioni di Guido Alpa sulle caratteristiche del mondo virtuale e sulle modalità organizzative per la navigazione tra la miriade di informazioni, dati di natura immateriale, messaggi consentiti dalla rivoluzione digitale, per impostare un'analisi sulla rilevanza di tali considerazioni in ambito finanziario.¹⁵

Nel segno della crescente ricerca di una riduzione dei costi transattivi – e dell'intermediazione in generale – si sono affacciati ai mercati finanziari i pro-

¹³Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Il Mulino, 1995.

¹⁴Cfr. MIGLIONICO, *Disintermediazione e digitalizzazione della moneta nel mercato finanziario*, p. 525.

¹⁵Cfr. PELLEGRINI, *Il Diritto Cybernetico nei riflessi sulla materia bancaria e finanziaria*, p. 351 ss.

motori di piattaforme informatiche di negoziazione alternative, i quali, valorizzando l'utilizzo di sistemi di controllo diffuso delle transazioni e la totale disintermediazione delle operazioni (spesso affidate a sistemi algoritmici di scambio automatico) quali fattori di efficienza e di democraticità, riportano al centro della riflessione le intuizioni di Guido Alpa in merito al ruolo di internet quale nuova formula della comunicazione per la quale è necessario procedere ad una vera e propria codificazione della *cyber law*. Più in particolare, ho ritenuto opportuno analizzare l'impatto delle nuove tecnologie su istituti tradizionali dell'*agere* bancario che – discostandosi progressivamente dalle tecniche utilizzate nel passato e dunque avvalendosi delle variegate forme di digitalizzazione - si differenzia dagli schemi tradizionali fino ad oggi praticati soprattutto con riguardo alla valutazione del merito di credito.

Ne consegue che gli operatori del settore attraverso il ricorso a cluster di dati qualitativamente differenti da quelli tradizionalmente utilizzati quali parametri per la valutazione del merito di credito, acquisiti tramite processi digitali di analisi, sono in grado di fruire di informazioni che - sfuggendo ai confini dello *status quo* normativo - facilitano il corretto svolgimento della loro attività.

In un panorama ricco di potenziali vantaggi ma di altrettanto significative criticità, esemplare al riguardo è la riflessione in merito alla funzione svolta dagli *algoritmi*. Si tratta, infatti, di strumenti che certamente appaiono maggiormente predittivi del rischio di *default* dei debitori (e dunque in grado di effettuare puntuali discriminazioni del credito garantito e delle relative condizioni), nonché in grado di far ricorso a dati che garantiscono l'accesso al credito anche a quei soggetti tradizionalmente considerati "trasparenti": innovazioni, dunque, suscettibili di ampliare il mercato del credito e di valorizzarne la funzione quale strumento di sviluppo imprenditoriale e sociale. Non può sottacersi peraltro che l'emersione di tali strategie alternative nella valutazione del merito del credito

introduca altresì nuovi e ingenti rischi, specie laddove - in assenza di una regolazione della materia - i richiedenti credito si espongono a valutazioni che fanno riferimento a dati “secondari” (Non riconducibili alle categorie di dati tradizionalmente protette dal legislatore) e dunque con potenziali effetti gravi di tipo discriminatorio.¹⁶ Ciò, inoltre, in un paradigma di mercato che sfugge ai vincoli della trasparenza, andandosi ad intrecciare con il regime di proprietà intellettuale ed industriale che spesso garantisce chi si avvale di tali tecnologie.

Un tema, questo, che si pone a fattore comune del complesso di innovazioni riconducibili all’area di *Fintech*, all’interno del quale spicca – oggetto di un contributo da parte di Diego Rossano – il problema dell’utilizzo di servizi di consulenza atti a fornire soluzioni di investimento interamente o prevalentemente automatizzate, grazie all’utilizzo di algoritmi di *asset allocation* e *risk management* predeterminati (il cd. *robo-advice*).¹⁷

Si impone, di conseguenza, una riflessione in merito alla possibilità effettiva di garantire un controllo sugli esiti di processi operativi e di calcolo per larga parte svolti in maniera automatizzata, attraverso sistemi dotati di una capacità computazionale che ne rende arduo il vaglio critico da parte dell’operatore umano; si affaccia, di conseguenza, la possibilità di ridisegnare i paradigmi di responsabilità degli intermediari finanziari al fine di permettere a questi ultimi di continuare ad esercitare una discrezionalità valutativa nella presentazione delle offerte, la quale tuttavia deve essere sempre controbilanciata dall’esigenza di preservare la libertà decisionale del cliente, evitando una “deriva iperprotezionistica” che rischia di affermarsi quale risposta normativa al fenomeno tecnologico. Da qui, l’ipotizzabile prospettiva di ulteriori forme di ricorso alle *emerging technologies* nell’attività del settore finanziario (nonché di agire attra-

¹⁶Cfr. su tutti HURLEY, ADEBAYO, *Credit Scoring in the Era of Big Data*, in 18 *Yale Journal of Law and Technology*, 2016, p. 148.

¹⁷Cfr. ROSSANO, *Il robo-advice alla luce della normativa vigente*, p. 365 ss.

verso interventi specifici di settore), alla quale si lega inevitabilmente la necessità di ridefinire le coordinate concettuali ed interpretative in tema di prestazione dei servizi di investimento per ancorarle a regimi di responsabilità comportamentale più attinenti al concreto dispiegarsi dell'attività professionale.

Si fa riferimento, in particolare, all'opportunità di una reinterpretazione in chiave evolutiva del principio di trasparenza, diretta al comune scopo di riportare i mercati finanziari al servizio dell'economia reale, stimolando la fiducia degli investitori (sul tema si presenta opportuno un rinvio al contributo di Angela Troisi su Industria.4 e ruolo del sistema bancario)¹⁸, sia in costanza di rapporto, *ex ante* ed *ex post*.

Non a caso, proprio sul tema della trasparenza e della sua rilevanza nell'ecosistema digitale si concentrano alcuni contributi del volume relativi alla sezione dedicata al diritto bancario: Antonella Antonucci, recuperando la nozione di "trasparenza diseguale", formulata da Guido Alpa nel 2003¹⁹, si concentra sull'incongruenza del quadro normativo vigente quale fattore di opacità e fortemente limitativo dell'azione delle ESAs²⁰, laddove Illa Sabatelli pone l'accento sulla perdurante necessità di valorizzare il passaggio da una nozione formale di trasparenza ad una sostanziale, basata sulla consapevolezza dell'investimento ed in grado di porre le basi per una *governance* efficace dei mercati rivoluzionati dalla crisi e scossi dall'incedere della disintermediazione.²¹ Maddalena Rabitti e Antonella Sciarrone nel loro contributo sui servizi di pagamento, invece, affiancano ad una nozione "*in senso stretto*" della trasparenza (costituita, primariamente, di obblighi informativi verso la clientela), una "*in senso lato*", relativa all'imposizione di vere e proprie regole di condotta, che esulano dai tradizionali

¹⁸Cfr. TROISI, *Banca e industria: i nuovi paradigmi tecnologici*, p. 393 ss.

¹⁹Cfr. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, in *Strumenti e modelli di diritto dell'economia*, collana a cura di G. Alpa, A. Antonucci, F. Capriglione, S. Ortino, Cacucci, 2003.

²⁰Cfr. ANTONUCCI, *La "trasparenza ineguale". L'insuperata frammentazione delle regole*, p. 501.

²¹Cfr. SABBATELLI, *Regole di trasparenza e vigilanza*, p. 509 ss.

paradigmi regolatori della *due diligence* e dei *disclosure duties*, che mal si attagliano ai caratteri delle tecnologie di elaborazione dei *big data*.²²

Mi avvio, dunque, a concludere: questa panoramica, necessariamente parziale, veloce ed eterogenea, viene da chiedersi innanzitutto come ricomporre le complessità emerse ed emergenti in modo che i “dislivelli normativi” esistenti - indotti dalla globalizzazione - non contribuiscano ad inasprire drammaticamente i conflitti sociali latenti. L’Università ha, in questo, un ruolo decisivo nella comprensione di queste sfide e nella ricerca di queste risposte, come ci ha insegnato Guido Alpa nel corso della sua attività di docente.

Pensando a Lui, mi viene di immaginare l’Università come una infrastruttura funzionale alla tutela preventiva dei diritti delle persone fisiche e giuridiche, che dovrebbe essere, insieme alla Magistratura, produttrice di esternalità positive attraverso la costruzione di ordinamenti idonei a reggere nel tempo ed al vaglio sociale e giudiziale.

Anche da queste ultime riflessioni, emerge in tutta evidenza l’incredibile capacità di Guido Alpa di tracciare un quadro del reale che, senza sottovalutare la complessità dei diversi temi dei quali si è occupato, riesce a ricondurre la sua ricerca entro il solco di una prospettiva sistemica, necessitata dal carattere interconnesso della realtà sociale odierna. E ciò fornendo ispirazione ed ausilio ai giuristi e, certamente, a coloro che alla disciplina oggi si affacciano.

Vorrei concludere con una piccola postilla di carattere personale: manifestare la propria stima per Guido Alpa solo come studioso del diritto anche se insigne, è a mio avviso è riduttivo: oggi siamo qui per celebrarlo non solo per la sua attività accademica, ma anche come persona, una bella persona che in ogni occasione di incontro mi ha sempre per la sua *pacatezza* nei confronti di ogni in-

²²Cfr. RABITTI, SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: Open Banking e conseguenze per la clientela*, p. 711 ss.

terlocutore, per la sua acuta *eleganza* nel difendere le proprie argomentazioni, per la sua *attenzione e profondo rispetto* nei confronti degli altri, a prescindere dal luogo e contesto, indicandomi il corretto cammino da seguire.

Con questo volume in Suo onore oggi abbiamo l'occasione di ringraziarlo pubblicamente, e sono felice di celebrarlo proprio qui, nella mia Luiss.

Mirella Pellegrini

RIFLESSIONI SPARSE TRA DEMOCRAZIA E DIRITTO ALLA FESTA DI UN AMICO

Quando il Prof Capriglione, mi ha contattato per chiedermi di partecipare a questo evento, dopo l'iniziale e gioiosa adesione, mi sono poi chiesto quale contributo io avessi potuto in concreto dare e più nello specifico se il mio intervento dovesse: a) essere focalizzato sulla presentazione del volume, b) contribuire alla celebrazione di un Maestro che tanto ha dato (e continua a dare) alla scienza giuridica, c) essere un attestato di partecipazione a una festa "in amicizia", perché tale mi onoro di essere di Guido, nella speranza di meritarme il contraccambio.

Direi sicuramente la terza, anche perché:

- presentare, nei pochi minuti concessimi, senza eccessivamente tediarmi, un volume che ha raccolto con entusiasmo l'adesione di ben 37 qualificatissimi Autori ed amici di Guido, e che in un filo logico continuo "spazia tra" e "collega" argomenti di teoria generale, etica e diritto, mercato e contratto, innovazione tecnologica, diritto societario, diritto finanziario e diritto dei consumatori, mi sembra sinceramente impresa titanica, che sicuramente va oltre la mia capacità; mi limiterò quindi a ricordare più avanti qualcuno dei contributi presenti nel libro, utili a supportare le riflessioni sparse che seguono, senza che possa ascrivere ai contributi non menzionati un minore apprezzamento da parte mia;

- Guido non ha bisogno di celebrazioni, perché è la sua storia che parla per Lui e il suo essere schivo e riservato, lontano da riflettori che rifugge (e che qualche volta, suo malgrado, lo rincorrono), è superato solo dalla naturale empatia che riesce ad instaurare con tutti quelli che hanno avuto la fortuna di conoscerlo (fino a godere della sua amicizia) e dalla contagante vitalità ed entusiasmo con i quali riesce a coinvolgere chi gli è vicino in iniziative scientifiche e di studio.

Ciò premesso, la mia riflessione odierna parte dalla spiegazione dell'art. 1 della Costituzione, che ho prospettato due giorni fa, nel corso di diritto pubblico dell'economia, avanti le matricole di questa università.

Trattando del concetto di "democrazia e ordinamento democratico", illustravo che tale è considerato l'ordinamento nel quale la "sovranità appartiene al popolo", seppure questo è tenuta ad esercitarla nei limiti formali e sostanziali della Costituzione.

Anche la democrazia ha dunque i suoi temperamenti, i suoi limiti procedurali e sostanziali, questi ultimi essenzialmente riconducibili al rispetto delle libertà e dei diritti inviolabili dell'individuo, nel loro insieme riconosciuti e garantiti dal "principio personalista", scolpito nell'art. 2 della Costituzione.

In linea di principio poi, la "dittatura" della maggioranza, sotto un profilo economico (prima che sociale), è giustificabile solo, *ceteris paribus*, come massimizzazione dell'utilità sociale da parte dei più, cioè come sommatoria delle singole utilità individuali.

Tuttavia non è sempre verificabile che la sommatoria delle singole scelte personali in funzione dell'utilità individuale massimizzi il benessere della collettività: si pensi alle tematiche ambientali e a tutte le ipotesi in economia riconducibili al concetto di esternalità negative.

E poi, se in democrazia "uno è uguale a uno", al contempo non necessariamente è vero "che uno vale l'altro".

Tale considerazione, nelle recenti cronache politiche è stata fatta propria anche dai sostenitori di forme più spinte di democrazia diretta, laddove si è trattato di individuare un nuovo capo politico e trova un risaltante e incisivo conforto negli scritti del filosofo svizzero Henri Frederic Amiel che, nei "Frammenti di diario intimo", del 1871 scriveva " ... *la democrazia arriverà all'assurdo di rimettere le decisioni intorno alle cose più grandi ai più incapaci Il diritto pubblico fondato sull'eguaglianza andrà in pezzi, a causa delle sue conseguenze.*

Perché non riconosce la “disuguaglianza di valore”, di merito, di esperienza, cioè la fatica individuale: culminerà nel trionfo della feccia e dell’appiattimento. L’adorazione delle apparenze si paga”.

Quanto sopra è di per sé sufficiente giustificazione della circostanza che la “naturale” dittatura della maggioranza, quale espressione non solo del principio di uguaglianza ma anche di quello di “effettività” (cioè della forza dei più), ha trovato nel corso del tempo e necessariamente dovrà continuare a trovare contemperamenti procedurali e sostanziali.

Il rischio è che l’eccesso di questi contemperamenti porti a uno scollamento tra base sociale e rappresentanza politica, a fronte della pressione indotta dall’innovazione tecnologica che consente una partecipazione diretta al processo democratico impensabile ai tempi di Amiel: oggi con un smartphone potremmo partecipare in tempo reale a un Consiglio dei Ministri su base nazionale, ratificando o non ratificando una determinata scelta, in una sorta di “referendum continuo”.

Ma a fronte della sopra prospettata apocalittica previsione del tracollo del “diritto pubblico” vi è anche il rischio di un tracollo del “diritto privato”?

Ora mentre il “faro” del diritto pubblico è costituito dalla democrazia alla quale le libertà e i diritti individuali fanno da argine (non si può privare qualcuno della libertà personale neppure il 90% della popolazione lo vuole se non sussistono i presupposti di legge), nel diritto privato il rapporto è esattamente rovesciato, essendo il faro del diritto privato costituito dalla libertà di autodeterminarsi nelle proprie scelte economiche ed interprivate; solo laddove la libertà diventa abuso, sopraffazione o violazione della libertà altrui interviene il legislatore che condiziona, orienta, riequilibra le scelte dei singoli.

Il tracollo del sistema del diritto privato, che trova uno dei suoi elementi fondanti nel contratto, è stato evitato proprio grazie all’intervento superiore della democrazia e del legislatore quale custode dell’interesse dei più.

In concreto, il legislatore, assunte le difese di interessi generali o dei più deboli (si pensi alla tematica dei consumatori, tanto cara a Guido), è intervenuto sia sul mercato conformando in particolare quello bancario e finanziario (e qui sarebbe lungo richiamare tutti i contributi contenuti nel volume in presentazione), sia sul contratto (e sul punto interessante è leggere il contributo di Roberto Pardolessi, anche nella prospettiva del nuovo piano di “sovranità digitale europea” lanciato ieri l’altro dal Presidente della Commissione Ursula Von der Leyen), talora rifacendosi a scelte fondate su un’etica sociale di sistema (si vedano a tal proposito gli scritti di Elisabetta Bani e di Giuseppe Colavitti).

Ma anche qui il rischio è che l’intervento sia eccessivo: troppo e troppo spesso il legislatore interviene per conformare il mercato o il contratto, con interventi spesso sovrapposti e contraddittori, seguendo linee d’indirizzo che di sovente non trovano fondamento nemmeno in un sentire comune dei soggetti ai quali si riferiscono, per la realizzazione di esigenze che ben altre soluzioni avrebbero potuto trovare, maggiormente rispettose del principio di libertà individuale e collettiva a fondamento del mercato e dei rapporti privati.

L’esempio della riforma del credito cooperativo è a me sin troppo caro perché non ne faccia cenno (e in tale ambito è il mio contributo al volume), con una evoluzione che tra gli scenari predittivi probabili prevede l’assorbimento di tutte le BCC in unico grande gruppo, nel presupposto, tutto da dimostrare, che solo la grande dimensione sia la panacea ai rischi sistemici e garantisca una stabilità duratura, convincimento che, a tacer d’altro, stride con il basilare principio economico del frazionamento del rischio.

Volgendo alla conclusione, va ricordato che se il “sapere” è democratico (in quanto a tutti potenzialmente accessibile), la “scienza” (sicuramente quella empirica, fenomenica) non è democratica: due più due fa quattro, anche se il 90% della popolazione vota contro, così come la decisione sul dosaggio di un

antibiotico o sulla somministrazione di un vaccino non può essere rimessa alla maggioranza popolare.

Vale ciò anche per le “scienze sociali” e, in particolare, per quella giuridica?

Bisogna distinguere a mio avviso tra il momento genetico della regola e il momento in cui la regola è applicata, essendo la scienza giuridica fondata sulle regole.

Anche considerando il fenomeno interpretativo, la scienza giuridica non è democratica; ci possono essere più e diverse interpretazioni, ma non è la maggioranza dei consociati che decide quale sia la prevalente; la funzione nomofilattica non è affidata a meccanismi democratici, ma a regole procedimentali, organizzative e interpretative ispirate a criteri fondati sul tecnicismo giuridico (ed in questo senso che si può parlare di scienza): in quanto tale, dunque, anche la scienza giuridica non è democratica.

Diversamente è a dirsi con riferimento al momento in cui la regola nasce ed è posta, in relazione al quale può, in extrema ratio, valere anche il brocardo latino “res iudicata/lex facit de albo nigrum”.

Ma vi è a ciò un limite? Al di là dei paletti che le teorie giusnaturalistiche pongono all’onnipotenza del legislatore (e quindi negli ordinamenti democratici alla “democrazia”), il cui approfondimento richiederebbe tempi non consoni con il calo di attenzione fisiologico di questa ora preserale, mi piace chiudere queste riflessioni sparse con una citazione dalle Satire di Quinto Orazio Flacco “Est modus in rebus”.

Marco Sepe

IL SALUTO DEL FESTEGGIATO

Illustri e cari Amici, caro Francesco,

con un atto di straordinario affetto Francesco Capriglione e la sua Scuola hanno voluto dedicarmi questa lusinghiera e commovente riunione, a cui partecipano Amici e Colleghi tanto stimati, giovani ricercatori e molti studenti.

Sono stato invitato a dire due parole, a mo' di conclusione.

Ovviamente sono parole di profondo ringraziamento per aver pensato ad un seminario organizzato nella prestigiosa Sala delle Colonne dell' Università Luiss Guido Carli, per il panel dei relatori, che con grande affetto hanno speso parole generose nei miei confronti, e per il libro presentato nel corso del seminario, il *Liber Amicorum* in cui sono raccolti i saggi di Francesco Capriglione e dei suoi allievi, e di tanti studiosi di diritto dell' economia e di diritto civile su aspetti attuali della teoria generale, di etica, di tecnologie informatiche, di diritto bancario e finanziario, italiano ed europeo.

Questa iniziativa scientifica mi ha fatto ricordare un'opera che, in circostanze simili, era stata predisposta per un Collega inglese. Uno dei saggi raccolti nel libro era stato redatto da Tony Weir.

Professore al Trinity College di Cambridge, Weir è stato uno dei maggiori esponenti della cultura giuridica britannica e un acutissimo studioso dei torts. In quell'occasione ha avuto modo di scrivere pagine affascinanti, intitolate *Friendships in the Law*. Era una galleria di protagonisti della storia del diritto che le curiose e imprevedibili circostanze della vita avevano fatto incontrare; dal loro incontro era nata una lunga e solida amicizia. Savigny era accostato ai fratelli Grimm, i quali, oltre che finissimi giuristi, erano stati gli autori delle note fiabe tedesche e i compilatori del primo vocabolario della lingua tedesca; Oliver Wendell Holmes, il fondatore degli studi giuridici di Harvard, era accostato al senatore Louis Brandeis; insieme avevano coltivato molti casi grazie ai quali si è

evoluto il common law nord-americano; la lista degli amici è lunga, ma testimonia come siano fruttuose le collaborazioni dei giuristi.

Così è avvenuto per le nostre amicizie. Quella che da più di quattro decenni mi lega a Francesco è nata nel corso di un seminario milanese sui nuovi aspetti del diritto bancario, e poi si è venuta consolidando nel corso del tempo; la collaborazione scientifica ha segnato anche momenti importanti dei nostri percorsi, testimoniati dalle numerose opere pubblicate insieme, dalla direzione di riviste italiane e straniere, dalla organizzazione di eventi accademici e professionali, ed anche dalle lezioni tenute nei corsi estivi che abbiamo predisposto per il Consiglio Nazionale Forense, di cui allora ero componente, in collaborazione con l'Università di Malta per ben sette anni, dal 1996 al 2003. Trattavamo dei progetti di disciplina del contratto europeo e dei profili più complessi del mercato bancario e finanziario. Ebbi così modo di conoscere Anna Capriglione, l'affettuosa, intelligente e premurosa moglie di Francesco, che ci avrebbe aiutato a rendere i corsi più interessanti e divertenti, con le suggestive escursioni che ci fecero conoscere le meraviglie archeologiche e artistiche dell'isola, e con le discussioni che dominavano le afose serate.

Ricordo l'interesse che suscitavano le lezioni di Francesco e dei molti docenti italiani e stranieri che avevano accettato di buon grado il nostro invito a partecipare ai corsi: in particolare Ole Lando, che ci parlò del suo progetto di codice civile europeo, Mads Andenas, che trattò temi di diritto commerciale comparato, Christian von Bar, che illustrò il sistema tedesco della responsabilità civile, Ewoud Hondius che ci parlò di diritto dei consumatori, Simon Whittaker sul contratto nel common law, e poi Jan Refalo e David Fabri per il diritto maltese, mentre gli aspetti del diritto amministrativo comparato erano trattati da Salvo Andò, che aveva cooperato con l'International Foundation dell'Università per l'organizzazione dei nostri corsi.

Di Malta conservo un ricordo indelebile: la magnificenza della Cattedrale

di San Giovanni, con i dipinti di Caravaggio, gli affreschi di Mattia Preti e le pietre tombali dei Cavalieri che ornano il suo maestoso pavimento; i palazzi nobiliari di Medina, le spiagge assolate e selvagge, le rocce ventose e le acque terse della Blue Lagoon. E gli angoli più riposti che potevamo vedere dal mare grazie alla generosa ospitalità della barca di un altro caro amico, Alfio D'Urso, anch'egli docente ai nostri corsi.

Potemmo indagare con curiosità i meandri di un sistema giuridico misto, per noi italiani addirittura avvincente, perché apprendemmo che il codice civile maltese redatto alla fine dell'Ottocento in lingua italiana aveva preso a modello il nostro codice civile del 1865, ed era stato poi tradotto in inglese nel 1931, sì che l'interpretazione dottrinale e la giurisprudenza hanno saputo coniugare il modello italiano con il common law inglese in un intreccio di tradizioni unico nel mondo. Le lezioni di Refalo e Fabri ci fecero conoscere segmenti del diritto maltese odierno, per noi del tutto inaccessibile, essendo scritto in una lingua che nasce dal connubio di vocaboli arabi e radici siciliane.

Che dire poi della presentazione di Francesco e delle relazioni di quest'oggi? L'emozione mi tradisce, e la memoria di tanti momenti comuni vorrebbe vincere il filtro della timidezza.

Sono davvero grato a Roberto Pardolesi, Marco Sepe, Mirella Pellegrini e Attilio Zimatore per le parole che hanno voluto usare nei miei confronti: generose, affettuose, certamente non meritate. Con ciascuno di loro ho scambiato idee e intrecciato iniziative, e ciascuno di loro ha tratteggiato momenti della nostra amicizia, emersi nei nostri incontri sempre pervasi di curiosità scientifica, dallo studio dell'analisi economica del diritto alle ricerche sul metodo, dal diritto dei consumatori, dei contratti e della responsabilità civile al diritto dell'economia.

Anche i saggi – che non posso per ragioni di tempo commentare uno ad uno, ringraziandone però gli Autori – riflettono gli scritti che sono andato com-

ponendo nel corso del tempo. Mi sono occupato di vari temi, e, sì, confesso di aver scritto molto. Anzi un po' troppo, come ebbe a sottolineare la Commissione che aveva stilato il giudizio di conferma dell'ordinariato nel 1983; se si dovesse ripetere oggi, a quasi quarant'anni di distanza, chissà quale sarebbe il risultato!

Francesco Capriglione ha voluto confezionare questo dono che, nei rapporti accademici, è il più ambito: un Liber Amicorum che non raccoglie scritti di circostanza, ma riflessioni preziose su molti argomenti di attualità, in cui si descrivono le nuove frontiere del diritto in tutte le sue partizioni. L'originalità del pensiero dei diversi Autori arricchisce il pregio del libro. E non potete immaginare quale sia la mia soddisfazione nel pensare che chi volesse addentrarsi in questi sentieri lo potrà fare associando le idee dello scrittore al mio nome.

L'amicizia è una cornucopia di gioie e di doni, di soddisfazioni e di felicità: oggi sono stato davvero felice, grazie a Francesco e grazie a tutti voi.

Guido Alpa