Rivista di diritto privato

n. 4/2000

Problemi delle professioni

L'avvocato cassazionista nel diritto tedesco

di Valerio Sangiovanni

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le norme introduttive. – 3. La selezione degli avvocati cassazionisti. – 3.1. La candidatura come condizione particolare per l'ammissione al patrocinio dinanzi al BGH. - 3.2. La commissione per le candidature. – 3.3. Le liste di aspiranti. – 3.4. Le candidature. – 3.5. La decisione del Ministero della giustizia. - 4. I diritti e i doveri degli avvocati cassazionisti. – 5. L'ordine presso il BGH. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. - Una delle differenze più significative tra la disciplina della professione di avvocato (*Rechtsanwalt*) nella Repubblica italiana e in quella federale tedesca riguarda la figura del legale che patrocina dinanzi alle rispettive corti supreme. Basti pensare che, in Germania, il numero degli avvocati cassazionisti (*BGH-Anwälte*)⁽¹⁾ contemporaneamente attivi non ha mai superato di molto i 30⁽²⁾.

L'attuale disciplina dell'avvocatura (Anwaltschaft) presso la Corte di cassazione (Bundesgerichtshof) tedesca è ritagliata sul modello di quella che prestava la propria attività presso la Corte suprema del Regno (Reichsgericht)⁽³⁾. Già nel sistema previgente non era sufficiente possedere i requisiti astrattamente prefissati dalla legge per diventare RG-Anwalt, ma occorreva

(2) Dati sul numero di avvocati cassazionisti sono riportati, tra gli altri, da: W. Hartung, Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof, in JZ, 1994, p. 117 s.; Id., in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, München, 1997, § 172a, Rz. 4; M. Kleine-Cosack, BRAO Kommentar, 3. Aufl., München 1997, vor § 164, Rz. 5. Il ridottissimo numero di BGH-Anwälte comporta che essi siano affiancati da diversi collaboratori - con la qualifica di avvocato - che, pur non essendo cassazionisti, di fatto svolgono lo stesso lavoro del titolare.

(3) Sulla avvocatura presso il RG v., in dettaglio, H. Schneider, in R. Glanzmann/H. J. Faller (Hrsg.), Ehrengabe für B. Heusinger, München, 1968, p. 101 ss.

⁽¹⁾ Nel presente scritto si utilizzano le seguenti abbreviazioni della lingua tedesca, con il significato - quando appropriato - indicato in parentesi: Aufl.: Auflage (edizione); BGBl.: Bundesgesetzblatt (Gazzetta Ufficiale della Repubblica); BGH: Bundesgerichtshof (Corte di cassazione); BRAO: Bundesrechtsanwaltsordnung (legge professionale forense); BT-Drucks.: Deutscher Bundestag Drucksache (lavori preparatori del Bundestag); EGGVG: Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (legge di introduzione alla legge sull'ordinamento giudiziario); EGZPO: Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (legge di introduzione al codice di procedura civile); GG: Grundgesetz (Costituzione); Hrsg.: Herausgeber (curatore di un'opera); JZ: Juristenzeitung, NJW: Neue Juristische Wochenschrift; RG: Reichsgericht (Corte suprema del Regno); RGBL: Reichsgesetzblatt (Gazzetta Ufficiale del Regno); Rz. Randziffer (cifra a margine).

superare un'apposita selezione. Con il superamento del principio - valevole per gli altri avvocati - della c.d. libera avvocatura (*Prinzip der freien Advokatur*), vale a dire della sussistenza di un diritto all'accesso a fronte del possesso di determinate qualifiche, si voleva consentire la costituzione un ristretto corpo di legali che si caratterizzasse per l'eccellenza della preparazione scientifica e la straordinaria esperienza pratica. Il numero massimo di avvocati ammessi a patrocinare dinanzi al *RG* fu di 24⁽⁴⁾.

La nuova legge professionale forense (§§ 162-174 BRAO)⁽⁵⁾ non ha apportato modifiche radicali al sistema previgente. Per gli avvocati cassazionisti, lungi dal sussistere un diritto di accesso al patrocinio dinanzi al BGH sulla base del semplice ricorrere di determinate qualifiche, continua a valere il modello della selezione, che si risolve nella prassi in un sostanziale numero chiuso. Il BGH-Anwalt, inoltre, deve essere dotato di approfondite conoscenze teoriche e consistente esperienza pratica ed esercita la professione singolarmente⁽⁶⁾.

2. Le norme introduttive. - Gli avvocati cassazionisti sono innanzitutto dei legali come ogni altro: a essi si applicano le disposizioni della legge professionale forense (§§ 1-161a BRAO), tranne quanto diversamente disposto da poche norme speciali (§§ 163-174 BRAO), che riguardano prevalentemente il procedimento di ammissione dinanzi al BGH (§ 162 BRAO).

Il § 163 BRAO definisce alcune particolarità in tema di competenza, riconducibili alla circostanza che il BGH è un'autorità giudiziaria a carattere federale. All'amministrazione della giustizia del Land (Landesjustizverwaltung) subentra, quindi, la competenza del Ministero federale della giustizia (Bundesministerium der Justiz)⁽⁷⁷⁾. In luogo del tribunale degli avvocati (Anwaltsgericht: § 92 ss. BRAO) e della corte d'appello degli avvocati (Anwaltsgerichtshof: § 100 ss. BRAO) subentra la competenza del BGH (§ 106 ss. BRAO), presso il quale è istituita apposita sezione che si occupa delle questioni attinenti l'avvocatura (Senat für Anwaltssachen). Ciò comporta la riduzione a un unico grado di giudizio dei procedimenti

⁽⁴⁾ Dato riportato da W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 162, Rz. 2.

⁽⁵⁾ Bundesrechtsanwaltsordnung del 1° agosto 1959, BGBL, I, p. 565.

⁽⁶⁾ Si tenga presente che la prima associazione professionale tra avvocati cassazionisti venne costituita nel 1963, mentre per tutto il periodo in cui il RG operò non si verificarono casi di esercizio in forma collettiva della professione. Sul punto v. BGH, decisione del 7 novembre 1983, in NJW, 1984, p. 1042 s.

⁽⁷⁾ Questa competenza è stata, peraltro, delegata a un livello inferiore, in applicazione del § 224 BRAO. Con apposito decreto (Erlaß über die Ermächtigung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes in Rechtsanwaltsachen del 10 agosto 1959), infatti, i poteri spettanti al Ministero sono stati trasferiti al presidente del BGH.

concernenti le ammissioni e le sanzioni disciplinari⁽⁸⁾. Il procuratore generale (Generalbundesanwalt) presso il BGH, infine, esercita le funzioni altrimenti attribuite ai pubblici ministeri di livello inferiore.

- 3. La selezione degli avvocati cassazionisti. Il nucleo della normativa in tema di avvocati cassazionisti riguarda il procedimento in base al quale viene effettuata la loro selezione (§§ 164-171 BRAO).
- 3.1. La candidatura come condizione particolare per l'ammissione al patrocinio dinanzi al BGH. Il § 164 BRAO stabilisce che dinanzi al BGH può essere ammesso a patrocinare soltanto l'avvocato che sia stato candidato da apposita commissione (Wahlausschuß). La norma costituisce rottura con il principio della libera avvocatura⁽⁹⁾.
- 3.2. La commissione per le candidature. La commissione chiamata a stilare la lista dei candidati è formata dal presidente del BGH, dai presidenti delle sezioni civili (Zivilsenate) del BGH, dai membri del presidio del consiglio nazionale forense (Bundesrechtsanwaltskammer. § 179 ss. BRAO) e dai membri del presidio dell'ordine (Rechtsanwaltskammer. § 78 ss. BRAO) presso il BGH (§ 165, comma 1, BRAO). Il legislatore ha, quindi, previsto che la preselezione sia effettuata da rappresentanti della magistratura e dell'avvocatura, vale a dire da espressioni delle due categorie interessate all'identificazione dei migliori aspiranti. I magistrati e gli avvocati che prestano la propria opera presso il BGH sono i soggetti astrattamente più idonei a valutare le capacità dei candidati, mentre il numero relativamente elevato dei membri che compongono la commissione dovrebbe fare sì che fattori di carattere personale non vadano a incidere in modo determinante sulle scelte effettuate. L'assetto misto del Wahlausschuß è, peraltro, criticabile in quanto costituisce un'alterazione del principio di autoamministrazione dell'avvocatura. A ciò deve aggiungersi che si verifica uno sbilanciamento a favore dei rappresentanti della magistratura, in quanto le sezioni civili del BGH sono 13, mentre i membri del presidio del consiglio nazionale forense e quelli del presidio dell'ordine presso il BGH sono in totale 10(10). Gli appartenenti all'avvocatura sono quindi in minoranza, anche se nella prassi non si verificano quasi

⁽⁸⁾ Cfr. W.E. Feuerich, in W.E. Feuerich/A. Braun (Hrsg.), BRAO Kommentar, 4. Aufl., München 1999, § 163, Rz. 4; W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 163, Rz. 3.

⁽⁹⁾ W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 164, Rz. 2. (10) Dati riportati da W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 165, Rz. 1.

mai contrasti tra le due categorie⁽¹⁾. La presidenza della commissione è attribuita dalla legge al presidente del *BGH*, cui spetta il potere di convocarla (§ 165, comma 2, *BRAO*). La convocazione, contenente l'ordine del giorno, deve pervenire ai membri del *Wahlausschuß* almeno una settimana prima della seduta (§ 165, comma 3, *BRAO*). Le sedute non sono pubbliche (§ 165, comma 4, *BRAO*) e di esse viene redatto verbale (§ 165, comma 5, *BRAO*).

3.3. Le liste di aspiranti. – La scelta da parte della commissione avviene sulla base di liste che possono essere presentate dal consiglio nazionale forense (su proposta degli ordini locali) e dall'ordine presso il BGH (§ 166, commi 1 e 2, BRAO). Il legislatore tedesco, prevedendo un primo filtro costituito dai menzionati organi rappresentativi, vuole così riaffermare il principio di autoamministrazione dell'avvocatura.

Il consiglio nazionale forense può proporre solo candidati indicati da un ordine locale (non necessariamente quello cui l'avvocato appartiene). Se un aspirante avvocato cassazionista presenta la propria candidatura direttamente al consiglio nazionale forense, questi non può recepirla. La Bundesrechtsanwaltskammer si limiterà a comunicare il nominativo alle Rechtsanwaltskammer locali(12). Il consiglio (Vorstand) dell'ordine locale accerta innanzitutto la sussistenza delle condizioni di cui al § 166, comma 3, BRAO: almeno 35 anni di età e almeno 5 anni di esperienza come avvocato immediatamente precedenti alla domanda. Può essere proposto anche il legale di provenienza comunitaria che, superata la prova attitudinale, soddisfi nel frattempo questi requisiti di età e anzianità(13). Egli gode, infatti, degli stessi diritti di cui usufruiscono gli avvocati che tali sono diventati dopo il superamento del secondo esame di Stato tedesco. Non potrà, al contrario, essere inserito nelle liste di candidati il cittadino di Stato membro dell'Unione Europea il quale, avendo esercitato il suo diritto di stabilimento senza superamento della prova attitudinale, sia membro dell'ordine ai sensi del § 206 BRAO11. Non trattandosi infatti di «Rechtsanwalt» iscritto all'albo, ma semplicemente di soggetto operante sotto il titolo professionale del paese di origine, manca una delle condizioni di legge per l'inserimento. In secondo luogo il consiglio dell'ordine locale

⁽¹¹⁾ H. Schneider, op. cit., p. 106.

⁽¹²⁾ M. Kleine-Cosack, op cit., § 166, Rz. 3.

⁽¹³⁾ Sulla legge e il regolamento che disciplinano la prova attitudinale, voglia consentirsi il rinvio a V. Sangiovanni, La prova attitudinale per il conseguimento del titolo di Rechtsanwalt nella Repubblica federale tedesca, in Annuario di diritto tedesco 1999 (a cura di S. Patti), Milano 2000, p. 359 ss.

⁽¹⁴⁾ W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 166, Rz. 8.

verifica che non sussistano gli impedimenti di cui al § 33, comma 2, BRAO, vale a dire la pendenza di procedimento disciplinare oppure di indagini o procedimento penale contro l'aspirante cassazionista. Il Vorstand dovrà poi accertare l'assenza degli impedimenti di cui al § 20, comma 2, nn. 2 e 3, BRAO (coniugio, stretta parentela o affinità con un giudice del BGH). Va, inoltre, verificato se il candidato domini il diritto civile (Zivilrecht) nella sua interezza⁽¹⁵⁾. L'ordine locale può, infine, proporre solo soggetti che garantiscano il prestigio dell'avvocatura presso il BGH, con esclusione quindi di chi abbia subito gravi sanzioni disciplinari. Nella prassi, peraltro, i consigli dell'ordine locali non procedono a verifiche particolarmente stringenti, considerata anche la serie di successivi controlli (consiglio nazionale forense, commissione, Ministero), e tendono a eliminare solamente coloro che risultano in modo evidente non soddisfare le condizioni elencate⁽¹⁶⁾.

Qualora la richiesta di essere inserito nella lista dei candidati venga respinta, l'escluso può adire i meccanismi della giustizia forense (§ 223 BRAO)⁽¹⁷⁾. In questa sede, peraltro, si valuterà la legittimità del procedimento e non si entrerà nel merito della decisione.

3.4. Le candidature. - La commissione vaglia, innanzitutto, se i candidati soddisfano i requisiti per l'attività di avvocato presso il BGH (§ 167, comma 1, BRAO)⁽¹⁸⁾. Le verifiche precedentemente effettuate dal consiglio nazionale forense (e, ancor prima, dagli ordini locali) oppure dall'ordine presso il BGH non esentano il Wahlausschuß da un ulteriore esame. La commissione nomina due suoi membri relatori (§ 167, comma 2, BRAO). Questi, che dovrebbero preferibilmente essere uno di provenienza della magistratura e l'altro dell'avvocatura⁽¹⁹⁾, hanno il compito di esa-

⁽¹⁵⁾ La necessità della sussistenza di questo requisito è stata affermata dal BGH, decisione del 7 novembre 1983, cit., p. 1043. Poiché, peraltro, è da ritenersi che sia pressoché impossibile conoscere in modo eccellente tutto il diritto civile (gli stessi giudici del BGH sono degli specialisti, in quanto ciascuna sezione si occupa di un ambito delimitato), il principio espresso dalla decisione giurisprudenziale è da intendere nel senso che si debba trattare di un avvocato che eccelle in un settore del Zivilrecht. In tal senso, per esempio, W. Hartung, Die Zulassung, cit., p. 121; M. Hirsch, Zum Berufsbild des Rechtsanwaltes beim BGH, in NJW, 1984, p. 2079.

⁽¹⁶⁾ A. Krämer, Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, in JZ, 1994, p. 402. (17) W.E. Feuerich, op. cit., § 166, Rz. 15; W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 166, Rz. 9; M. Kleine-Cosack, op cit., § 166, Rz. 6.

⁽¹⁸⁾ La commissione controllerà, quindi, la sussistenza dei requisiti di cui al § 166, comma 3, BRAO e l'assenza degli impedimenti di cui ai §§ 33 e 20, comma 1, nn. 2 e 3, BRAO. Verrà, infine, verificata la preparazione civilistica del candidato e il sussistere di quelle caratteristiche personali atte a garantire il prestigio dell'avvocatura presso il BGH.

⁽¹⁹⁾ In tal senso W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 167, Rz. 2.

minare le domande e di identificare i punti di forza e debolezza delle singole candidature⁽²⁰⁾.

L'avvocato inserito in una lista propositiva ha diritto di prendere visione dei verbali della commissione (§ 167a BRAO). Il candidato, verificando se il procedimento si svolge nel rispetto delle norme che lo regolano, può così valutare se sussistano gli estremi per presentare un ricorso⁽²¹⁾. Anche il memorandum predisposto dai relatori sulle caratteristiche personali, professionali ed economiche dell'aspirante cassazionista può essere visionato. Non è consentito, al contrario, prendere visione degli atti che riguardano altri candidati. L'avvocato può esercitare il diritto di prendere visione degli atti solo personalmente o conferendo procura ad altro legale (§ 58, comma 2, BRAO). È possibile ottenerne copia (§ 58, comma 3, BRAO).

La commissione può procedere alla selezione quando sia presente la maggioranza dei componenti di provenienza della magistratura e la maggioranza di quelli di provenienza dell'avvocatura (§ 168, comma 1, BRAO). La decisione viene presa a maggioranza semplice ed è segreta. La commissione individua tra i soggetti elencati nelle liste propositive un numero di avvocati doppio rispetto a quello che essa ritiene sia necessario (§ 168, comma 2, BRAO). La decisione sul numero è vincolante per il Ministero, il quale non potrà nominarne più della metà(22). Vincolante è anche il contenuto della proposta, nel senso che l'autorità politica non potrà nominare avvocati diversi da quelli elencati nella lista. La norma che attribuisce alla commissione il potere di determinare il numero di legali cassazionisti viene ritenuta da una parte della dottrina in contrasto con l'art. 12, comma 1, della Costituzione (Grundgesetz). Vi sarebbe una violazione del principio di libertà di scelta della professione, in quanto la fissazione di un tetto numerico comporta l'esclusione di candidati pur meritevoli(23). Secondo un'altra opinione, invece, il dettato costituzionale sarebbe rispettato, dal momento che il potere di selezione della commissione trova giustificazione nella necessità di assicurare il buon funzionamento della giustizia(24). Il restrittivo accesso al patrocinio dinanzi al BGH non costituirebbe, inoltre, divieto di accesso a una professione, bensì mera limitazione di una delle modalità di esercizio della stessa(25). L'inserimento nella lista propositiva da parte della

⁽²⁰⁾ W.E. Feuerich, op. cit., § 167, Rz. 5.

⁽²¹⁾ W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 167a, Rz. 1.

⁽²²⁾ Cfr. W.E. Feuerich, op. cit., § 168, Rz. 3 s.; W. Hartung, Schlußwort, in JZ, 1994, p. 403; M. Kleine-Cosack, op cit., § 168, Rz. 3. Nell'ipotesi inversa in cui meno della metà dei candidati venga ritenuta idonea, il Ministero sollecita l'ampliamento della lista.

⁽²³⁾ W. Hartung, Die Zulassung, cit., p. 122; Id., in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 168, Rz. 8 ff.

⁽²⁴⁾ W.E. Feuerich, op. cit., § 166, Rz. 17.

⁽²⁵⁾ A. Krämer, op. cit., p. 401 s.

commissione non attribuisce il diritto di ottenere l'ammissione (§ 168, comma 3, BRAO); sarà invece la successiva decisione del Ministero a produrre tale effetto. Le decisioni del Wahlausschuß possono essere impugnate dai candidati esclusi (§ 223 BRAO), ma il ricorso avrà a oggetto l'osservanza delle regole procedimentali e non potrà estendersi al merito.

Il presidente della commissione comunica, infine, gli esiti della selezione al Ministero, allegando copia delle domande presentate dagli avvocati

inseriti nella lista (§ 169 BRAO).

3.5. La decisione del Ministero della giustizia. - Sulle domande di ammissione al patrocinio dinanzi al BGH decide, infine, il Ministero della giustizia (§ 170, comma 1, BRAO). Mentre la commissione determina il numero di avvocati e sfoltisce le liste presentate dal consiglio nazionale forense e dall'ordine presso il BGH, le decisione di quali tra i candidati siano da ammettersi è rimessa all'autorità politica, che ne sceglierà la metà di quelli indicati nell'elenco.

La decisione può, peraltro, essere sospesa quando ricorre uno dei motivi di cui al § 33, comma 2, BRAO (§ 170, comma 2, BRAO). Si tratta dell'ipotesi in cui contro l'avvocato sia pendente un procedimento disciplinare oppure un indagine o procedimento penale. Usualmente non si verifica alcuna sospensione in quanto, al ricorrere delle accennate situa-

zioni, viene senz'altro preferito un altro candidato(26).

Il consiglio dell'ordine presso il BGH deve essere sentito soltanto quando sussistono ragioni che militano contro l'ammissione al patrocinio (§ 170, comma 3, BRAO). Questa norma costituisce eccezione al principio di cui al § 19, comma 2, BRAO, secondo il quale - prima che l'amministrazione della giustizia del Land decida sull'ammissione dinanzi a una determinata corte - occorre sempre sentire il parere del locale Vorstand der Rechtsanwaltskammer. Se, per esempio, il Ministero ha obiezioni contro più della metà dei candidati proposti, dovrà prima sentire il consiglio dell'ordine presso il BGH. Qualora questi non sia in grado di rimuovere i dubbi espressi dall'autorità politica sugli aspiranti cassazionisti, si procederà all'integrazione della lista, sollecitando nuove candidature(27). Il Ministero verifica se, in capo ai candidati, sussistano i necessari requisiti. Si tratta di un terzo grado di controllo, dopo quelli effettuati dai soggetti titolari del potere di proposta (consiglio nazionale forense e ordine presso il BGH) e dalla commissione. A seguito delle decisioni infine adottate dal Ministero, metà degli avvocati presenti nella lista verrà ammessa al patrocinio dinanzi al BGH, mentre l'al-

(26) W.E. Feuerich, op. cit., § 170, Rz. 2.

⁽²⁷⁾ W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 170, Rz. 4.

tra metà verrà esclusa. Contro il rifiuto di ammisione può essere proposto ricorso alla sezione del *BGH* competente per le questioni dell'avvocatura (cfr. il § 21 *BRAO*). Dal momento, peraltro, che la decisione del Ministero è di carattere discrezionale, l'impugnazione del candidato escluso potrà concernere solo violazioni procedurali⁽²⁸⁾.

L'avvocato cassazionista non può essere contemporaneamente ammesso al patrocinio dinanzi ad altre corti (§ 171 BRAO). La norma mira ad assicurare la specializzazione dei cassazionisti nella rappresentanza dinanzi alle istanze supreme elencate nel § 172 BRAO²⁹. Il legale specializzato in ricorsi per cassazione può valutare al meglio le prospettive di successo di una determinata iniziativa processuale. Se del caso può dissuadere il cliente, evitando così lungaggini e costi inutili⁽³⁰⁾. Il BGH, liberato dal peso di cause infondate, funziona in modo più efficiente. L'esclusività del patrocinio facilita, infine, la conoscenza personale e può rendere più proficua la collaborazione tra avvocati e giudici della Corte suprema⁽³¹⁾.

4. I diritti e i doveri degli avvocati cassazionisti. - La legge idenfica le corti dinanzi alle quali gli avvocati cassazionisti possono svolgere le proprie funzioni (§ 172, comma 1, BRAO). Si tratta del BGH e delle altre corti supreme a carattere federale elencate nell'art. 95, comma 1, GG: quelle competenti per le questioni amministrative (Bundesverwaltungsgericht), tributarie (Bundesfinanzhof), di lavoro (Bundesarbeitsgerichtshof) e assistenziali (Bundessozialgericht). I cassazionisti possono prestare la propria opera anche dinanzi alla Corte costituzionale (Bundesverfassungsgericht). I BGH-Anwälte non possono, al contrario, esercitare in preture (Amtsgerichte), tribunali (Landgerichte) e corti d'appello (Oberlandesgerichte). Chi ottiene l'ammissione al patrocinio in BGH dovrà, conseguentemente, abbandonare i casi affrontati in gradi inferiori⁽³²⁾. I cassazionisti possono, infine, svolgere le loro funzioni dinanzi a corti internazionali.

re dinanzi alle corti supreme dei Länder (Oberste Landesgerichte)(33). In Ba-

I BGH-Anwälte possono, ai sensi del § 172, comma 2, BRAO, esercita-

⁽²⁸⁾ M. Kleine-Cosack, op cit., § 170, Rz. 3.

⁽²⁹⁾ W.E. Feuerich, op. cit., § 171, Rz 1.

⁽³⁰⁾ Secondo il dato riportato da A. Krämer, op. cit., p. 402, in circa il 25-30% dei casi gli avvocati cassazionisti sconsigliano il ricorso.

⁽³¹⁾ M. Kleine-Cosack, op cit., § 171.

⁽³²⁾ W. Hartung, Die Zulassung, p. 120.

⁽³³⁾ Un Land nel quale è presente più di una corte d'appello può istituire una corte competente a decidere in ultima istanza delle questioni civilistiche che, altrimenti, sarebbero di competenza del BGH (§ 8, comma 1, Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz del 27 gennaio 1877, RGBL, p. 77). L'Oberstes Landesgericht conosce peraltro delle controversie in cui - ai fini della decisione - rileva prevalentemente il diritto del Land, non al contrario quando ne vada del diritto federale (§ 8, comma 2, EGGVG).

viera - unico Land dove è stata sinora costituita una corte suprema di Land (Bayerisches Oberstes Landesgericht) - i ricorsi di ultima istanza vanno presentati a questa Corte, la quale decide preliminarmente se ne va dell'applicazione del diritto bavarese o di quello federale (cfr. il § 7 EGZ-PO⁽³⁴⁾). Nella prima ipotesi la causa viene ritenuta, nella seconda essa viene rimessa al BGH⁽³⁵⁾. L'avvocato cassazionista che, grazie al § 172, comma 2, BRAO, ha patrocinato dinanzi alla Corte suprema bavarese può continuare la difesa davanti al BGH. In tal modo si evita la nomina di due legali, riducendo i costi per il cliente.

Il divieto di comparire dinanzi ad altre corti conosce una significativa eccezione. Gli avvocati cassazionisti sono a ciò legittimati quando, nell'ambito del procedimento dinanzi al BGH o a un'altra delle corti di cui al § 172, comma 1, BRAO, debba essere svolta attività processuale al cospetto di un giudice di grado inferiore (§ 172, comma 3, BRAO). In questi casi gli atti compiuti davanti a altri giudici costituiscono parte del procedimento pendente nelle corti supreme. La norma si rivela vantaggiosa per il cliente, in quanto l'affidamento dell'incarico ad altro legale com-

porterebbe costi aggiuntivi.

Con riguardo agli effetti dell'eventuale attività svolta dagli avvocati cassazionisti dinanzi a corti presso le quali non dispongono del potere di comparire, appare preferibile l'opinione secondo cui l'atto processuale rimane comunque valido. La violazione compiuta dal legale va, infatti, contemperata con le esigenze di tutela del cliente che potrebbe, altrimenti, subire danni gravissimi. L'avvocato, tuttavia, sarà esposto a conseguenze disciplinari, segnatamente l'applicazione di una delle sanzioni previste nel § 114 BRAO³⁶).

Gli avvocati cassazionisti possono costituire un'associazione professionale (Sozietät) solo con altri legali abilitati dinanzi al BGH (172a BRAO)⁽³⁷⁾. Questa norma – che, nelle intenzioni del legislatore, non costituisce rottura del modello tradizionale secondo il quale i BGH-Anwälte devono affrontare da soli i casi loro affidati⁽³⁸⁾ - vuole invece, semplice-

(36) W.E. Feuerich, op. cit., § 172, Rz. 1.

⁽³⁴⁾ Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozesordnung del 30 gennaio 1877, RGBL, p. 244.

⁽³⁵⁾ Secondo il dato riportato da W.E. Feuerich, op. cit., § 172, Rz. 17, nella prassi oltre il 90% dei casi viene rimesso al BGH.

⁽³⁷⁾ Sulle diverse modalità di esercizio in forma collettiva della professione di avvocato nel diritto tedesco, cfr. A. Somma, Brevi note in tema di organizzazione collettiva della professione forense nella Repubblica federale tedesca, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, p. 1323 ss.; G. Vinatzer, L'esercizio della professione forense in Germania. Le forme di associazione professionale, in Rass. forense, 1997, p. 511 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. la Relazione al disegno di legge, BT-Drucks. 12/4993, p. 36.

mente, facilitare il superamento di alcune difficoltà organizzative che possono sorgere in capo a chi esercita la professione come unico titolare di uno studio. Il § 172a BRAO vuole, in particolare, garantire appropriata assistenza ai clienti anche nel caso di assenza di uno degli avvocati ed evitare la nomina di un liquidatore (Abwickler)(39). Pur essendo consentita la costituzione di un'associazione professionale tra cassazionisti, il § 172a BRAO pone un limite quantitativo: essa può essere composta al massimo di due persone. Dal momento che il numero complessivo dei BGH-Anwälte è ridottissimo, se la legge prevedesse la creazione di Sozietäten composte da numerosi avvocati, sorgerebbero probabilmente poche grandi associazioni professionali, con la conseguenza che i ricorrenti per cassazione avrebbero ridotte possibilità di scelta tra uno studio legale e l'altro. Si verificherebbero, inoltre, frequenti conflitti di interesse, soprattutto nei procedimenti con pluralità di parti. Il divieto di associazioni professionali di grosse dimensioni tutela, infine, anche il meccanismo di accesso all'avvocatura presso il BGH. Se si consentisse la costituzione di Sozietäten particolarmente numerose, potrebbe diventare difficile trovare candidati qualificati interessati a diventare cassazionisti, in quanto strutture ampie, ben avviate e organizzate costituirebbero una barriera all'ingresso difficilmente valicabile. I legali appartenenti a grossi studi avrebbero, tra l'altro, il consistente vantaggio di potersi specializzare, venendo per tal ragione preferiti dai clienti. Il divieto, contenuto nel § 172a BRAO, di costituire associazioni professionali con avvocati non cassazionisti non impedisce, peraltro, l'unione con legali non cassazionisti il cui studio abbia sede in altre località (c.d. überörtliche Sozietät). La überörtliche Sozietät non può contare più di due BGH-Anwälte 1001. Due cassazionisti possono, poi, costituire tra di loro una società a responsabilità limitata (Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung)(41).

Alcune delle disposizioni in tema di cassazionista sono dedicate alle figure del sostituto (Vertreter) dell'avvocato e del liquidatore dello studio legale. Se il Rechtsanwalt è assente per un periodo superiore a una settimana, deve esserci un altro soggetto che garantisca la continuità dell'attività (§ 53, comma 1, BRAO), in particolare il rispetto di eventuali termini in scadenza. Il meccanismo della sostituzione mira, in ultima istanza,

(40) W.E. Feuerich, op. cit., § 172a, Rz. 1.

⁽³⁹⁾ Cfr. il BGH, decisione del 7 novembre 1983, cit., p. 1043.

⁽⁴¹⁾ Su questo tipo societario si consenta il rinvio a V. Sangiovanni, La società a responsabilità limitata tra avvocati nel diritto tedesco, in Riv. soc., 1999, p. 914 ss. V., inoltre, A. Somma, Una novità tedesca: la società tra avvocati a responsabilità limitata, in questa Rivista, 1999, p. 337 ss. e Vinatzer, La nuova legge tedesca sulla società a responsabilità limitata tra avvocati, in Rass. forense, 1999, p. 119 ss., ove si può trovare anche la traduzione in italiano del testo della legge tedesca.

ad assicurare il buon funzionamento della giustizia, in quanto eventuali ritardi nell'attività di parte possono riflettersi sull'operatività del BGH stesso⁽⁴²⁾. Nei casi in cui è necessario procedere alla nomina di un sostituto dell'avvocato, e questi non vi può provvedere di persona, il Vertreter viene nominato dal Ministero (§ 173, comma 1, BRAO). Per questa funzione può essere scelto soltanto un legale che abbia compiuto il trentacinquesimo anno di età e che eserciti la professione da almeno 5 anni senza interruzioni (§ 173, comma 2, BRAO). Pur trattandosi degli stessi requisiti richiesti per essere inseriti nelle liste propositive, non è necessario che il sostituto sia un avvocato cassazionista⁽⁴³⁾.

Le accennate caratteristiche (35 anni di età e 5 di professione) devono essere possedute anche da chi venga nominato liquidatore dello studio legale (§ 173, comma 3, BRAO). L'intervento di un Abwickler può diventare necessario nel caso di morte dell'avvocato (cfr. il § 55 BRAO). La scelta spetta al Ministero. Se, tuttavia, l'ordine presso il BGH è in grado di garantire lo svolgimento degli affari correnti, in particolare di assicurare che i clienti del legale siano tutelati come nel caso della nomina di un liquidatore, non è necessario provvedervi. Tra gli avvocati cassazionisti si sono sviluppate delle prassi (come la ridistribuzione tra di essi delle cause pendenti) che consentono, di regola, di evitare il ricorso a un Abwickler⁽⁴⁴⁾.

5. L'ordine presso il BGH. - Il § 174 BRAO stabilisce la composizione dell'ordine presso il BGH e del suo consiglio. Gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi al BGH formano l'ordine presso il BGH (§ 174, comma 1, BRAO). In un'ottica federalista la sede dell'ordine è Karlsruhe, ove si trova la stessa Corte suprema. Il numero dei membri del consiglio viene fissato dal regolamento (Geschäftsordnung) dell'ordine stesso (45). Il § 63, comma 2, BRAO - che prevede, in via generale, che il Vorstand der Rechtsanwaltskammer conti sette membri - non trova infatti applicazione (§ 174, comma 2, BRAO). Attualmente il consiglio è composto di 5 avvocati cassazionisti (46).

6. Considerazioni conclusive. - Le modalità di selezione degli avvocati

⁽⁴²⁾ W.E. Feuerich, op. cit., § 173, Rz 1.

⁽⁴³⁾ W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 173, Rz. 1; K. Jessnitzer/H. Blumberg, (Hrsg.), BRAO Kommentar, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1998, § 173, Rz. 1; M. Kleine-Cosack, op cit., § 173, Rz. 3.

⁽⁴⁴⁾ W.E. Feuerich, op. cit., § 173, Rz. 6.

⁽⁴⁵⁾ Il testo del regolamento è riprodotto da W.E. Feuerich, op. cit., § 174, Rz. 3.

⁽⁴⁶⁾ Dato riportato da W. Hartung, in M. Henssler/H. Prütting (Hrsg.), BRAO Kommentar, cit., § 174, Rz. 2.

cassazionisti in Italia e in Germania sono radicalmente diverse. Si va da un meccanismo in cui il merito non gioca alcun ruolo a un sistema in cui candidati eccellenti non vedono coronata una propria ragionevole aspirazione. È da ritenere che nessuno dei due modelli, per motivi opposti, sia del tutto soddisfacente. L'accesso alla avvocatura suprema dovrebbe certamente essere fondato sul merito, ma senza rimanere prerogativa di troppo pochi legali.

L'argomento secondo il quale andrebbe evitato di ammettere un numero elevato di avvocati cassazionisti affinché ciascuno di essi possa mantenere un adeguato livello di reddito (stante anche il divieto di patrocinare dinanzi a corti di grado inferiore) appare debole(47). Lo Stato, infatti, non garantisce ai "comuni" avvocati delle entrate minime e non si vede per quale ragione dovrebbe comportarsi in modo diverso con i BGH-Anwälte. L'assunto, poi, secondo il quale l'eccellenza dei legali cassazionisti sarebbe garantita solo se il loro numero è ridottissimo non può essere condiviso. Non appare infatti verosimile la tesi secondo cui in tutta la Repubblica federale tedesca non esistono più di una trentina di giuristi in grado di svolgere degnamente questa funzione. Consistenti sarebbero invece i benefici connessi con il superamento dell'attuale prassi. Un ragionevole aumento del numero di avvocati cassazionisti consentirebbe, per esempio, la loro specializzazione. Ciò permetterebbe di soddisfare al meglio le esigenze dei clienti che, normalmente, preferiscono ingaggiare un professionista particolarmente esperto in un determinato settore piuttosto che un generalista(48). Il legislatore tedesco ha del resto riconosciuto questa esigenza in altra sede, con la creazione della figura dell'avvocato specialista (49).

Nonostante i dubbi di carattere giuridico relativo alla costituzionalità della disciplina, quelli di carattere politico relativi all'opportunità del mantenimento dell'attuale regolamentazione e quelli, infine, di carattere economico che investono l'efficienza della normativa vigente, non risultano esserci concrete proposte legislative di riforma. Un superamento dell'attuale prassi senza modifiche della legge appare peraltro improbabile, in quanto si scontrerebbe con gli interessi delle parti in gioco. La determinazione del numero di legali da ammettersi al patrocinio dinanzi al BGH è rimessa a una commissione mista composta di avvocati e magistrati. I primi non hanno certo interesse ad aumentare i propri concorrenti, mentre i

⁽⁴⁷⁾ Cfr. BGH, decisione del 7 novembre 1983, cit., p. 1043.

⁽⁴⁸⁾ M. Hirsch, op. cit., p. 2079.

⁽⁴⁹⁾ Su questa ternatica ci si permette di rinviare a V. Sangiovanni, La riforma della professione legale nella Repubblica federale tedesca, con particolare riferimento alla pubblicità degli avvocati ed alla figura dell'avvocato specialista, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 1389 ss.

secondi tendono a preferire un'avvocatura composta di pochi soggetti con i quali intercorre un rapporto di conoscenza personale. Si potrebbe pensare a una riforma della legge incentrata sul principio di fondo dell'eccellenza dei candidati - da valutarsi secondo parametri il più possibile oggettivi (ad esempio la tipologia della previa attività oppure il possesso di determinati titoli accademici) - come condizione per diventare avvocato cassazionista: chi soddisfa i requisiti legislativi avrebbe un vero e proprio diritto di ottenere il patrocinio dinanzi al BGH⁵⁰). L'accertamento delle qualifiche potrebbe essere effettuata da una commissione composta esclusivamente da legali, in omaggio al principio di autoamministrazione dell'avvocatura. Il superamento dell'attuale sistema di sostanziale numero chiuso consentirebbe il fiorire di una sana concorrenza tra gli avvocati, circostanza che può portare benefici sia ai clienti che al funzionamento della giustizia.