



Gruppo di studio

“La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione”

Le Professioni

di Eduardo Gianfrancesco e Guido Rivosecchi

(stesura provvisoria)

Il campo delle professioni costituisce un banco di prova di primario interesse per la verifica delle tesi sostenute da Cesare Pinelli nella sua nota distribuita ai partecipanti al presente Gruppo di studio.

Secondo chi scrive, l'analisi della – tormentata - evoluzione della disciplina delle professioni nell'ordinamento italiano, nei rapporti di queste con l'ordinamento comunitario, avvalora, infatti, la tesi, sostenuta da Pinelli, della idoneità del diritto europeo a consentire una profonda rilettura di tradizionali (ma non ineluttabili) sistemazioni di istituti o settori normativi, consentendo ad essi di dispiegare potenzialità inaspettate e di instaurare nuovi (o meglio prima inesplorati) nessi sistematici con la stessa Costituzione del 1948.

Il caso delle professioni (specialmente di quelle intellettuali) è emblematico. Nelle letture tradizionali, il tema delle professioni viene in rilievo essenzialmente con riferimento alla previsione dell'art. 33, comma 5, Cost. relativamente alla previsione dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professioni (Predieri, Maviglia). Genericamente, si può operare un collegamento del lavoro del professionista alla generale garanzia dell'art. 4 Cost. Soltanto nelle prospettazioni più acute si va facendo strada il collegamento degli ordini professionali alla dimensione della sussidiarietà orizzontale (ciò soprattutto dopo la nuova formulazione dell'art. 118 Cost. a seguito della riforma del 2001) (D'Atena; Arena).

Per ciò che qui maggiormente interessa, il mondo delle professioni è tenuto nettamente separato dalla disciplina costituzionale in tema di iniziativa economica privata e dalla dialettica tra situazioni garantite (l'iniziativa economica, appunto) e limiti che ad essa si accompagnano (l'utilità sociale; la concorrenza, qualora non la si fondi sull'utilità sociale).

Si tratta della “concezione trionfalistica” delle professioni, per riprendere un’espressione di V. Buonocore, utilizzata in seguito da A. Fantozzi, e che appare efficacemente fotografata con riferimento alle professioni intellettuali da F. Galgano:

“i professionisti intellettuali sono esclusi in quanto tali dal novero degli imprenditori, non già perché ad essi manchi questo o quel requisito del concetto di imprenditore [ma perché] fruiscono, nel nostro sistema, di un’immunità rispetto allo statuto dell’imprenditore e questa loro immunità è frutto di un privilegio, ossia di una esenzione dal diritto comune, concesso ad uno specifico ceto, quello degli esercenti le cosiddette professioni intellettuali...”

Ci troviamo di fronte ad una configurazione riduttiva delle professioni, imperniata su ordini professionali/enti pubblici chiamati allo svolgimento di funzioni di vigilanza pubblicistica sugli appartenenti alla categoria professionale, ma inidonea ad assicurare soddisfazione ad altre forme di interesse pubblico (emergenti in modo sempre più pressante) quali sono quelle alla apertura del mercato dei servizi professionali, alla sua capacità di rendere servizi efficienti a costi accessibili, in una parola alla sua concorrenzialità. Sotto questo profilo, assumono particolare rilevanza i processi di liberalizzazione dei settori rilevanti del mercato delle professioni, anche alla luce dei principi comunitari, sia pure nel rispetto di *standard* minimi di tutela desumibili dai principi e dai valori costituzionali.

Anche a muoversi in una prospettiva costituzionalmente orientata della disciplina professionale, la giustificazione, tradizionale e prevalente, per la regolazione delle professioni appare il collegamento delle stesse con beni costituzionalmente rilevanti incisi dall’attività professionale, ovvero una visione delle professioni come mezzi per tutelare tali beni: si tratta della *salute* (medici, farmacisti), dell’*incolumità pubblica e privata* (architetti ingegneri), della *difesa* (avvocati, contabili, forse anche i notai). Ciò avviene, peraltro, in modo piuttosto “aprioristico” e formalistico, senza porsi il problema della proporzionalità dell’intervento regolativo rispetto alle esigenze della concorrenzialità ed apertura al mercato (come avviene, invece, nel modello comunitario: sul punto cfr. *infra*).

Su tutto ciò incide pesantemente, ma in modo salutare, l’innovazione rappresentata dall’ordinamento comunitario, che appare in grado di introdurre ulteriori elementi nella valutazione che conduce all’adozione ed alla giustificazione dei diversi modelli di disciplina delle professioni.

In questa sede, si possono soltanto ricordare i capisaldi della considerazione comunitaria delle professioni.

In primo luogo, rileva l’assimilazione da parte del diritto comunitario dell’attività professionale all’attività d’impresa: si tratta di un’assimilazione che è riferita puntualmente al diritto della concorrenza (Sentt. *Höfner ed Elser, Spedizioneri doganali, Pavlov*) ma che trascende l’ambito di questa.

Essa si fonda, infatti, sul riconoscimento delle fondamentali libertà di stabilimento e di prestazione di servizi prevista dai Trattati istitutivi ed, ancora più in generale, dalla libertà di circolazione dei lavoratori, al fine di realizzare gli obiettivi dell'art. 2 TCE.

Va peraltro segnalato come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea distingue ora la libertà professionale (art. 15) dalla libertà d'impresa (art. 16), imponendo una maggiore precisione nell'individuazione della situazione garantita qui considerata.

Attesa la enorme rilevanza dei servizi professionali nell'economia europea [cfr. la comunicazione della Commissione "*Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*" COM(2004) 83 DEF ed il seguito di essa COM(2005) 405 DEF], occorre individuare le ragioni giustificative di una possibile regolamentazione del settore delle professioni.

A questo proposito, come ricordato nella Comunicazione della Commissione appena citata, vengono in rilievo le seguenti caratteristiche del settore dei servizi professionali:

- asimmetria dell'informazione
- esternalità
- *credence goods*

Sono questi i possibili fondamenti di un intervento regolativo, peraltro da contenere entro un rigoroso test di proporzionalità, al fine di realizzare interventi meno invasivi possibili delle libertà sopra ricordate.

Proprio la dimensione comunitaria ha consentito, quindi, di aggiungere un importante capitolo atto a "controbilanciare" la tendenza alla regolazione, prevalente nell'esperienza italiana di disciplina dei servizi professionali.

Di più: l'ordinamento comunitario ha consentito di scoprire virtualità nascoste nelle stesse previsioni costituzionali italiane, come evidenziato da Cesare Pinelli: è il caso del collegamento della tutela della concorrenza, anche nel settore dei servizi professionali, all'art. 41 Cost. (al primo od al secondo comma, a seconda delle ricostruzioni sulla quale non è il caso qui di indugiare), così come il salutare abbandono della concezione "trionfalistica" delle professioni, almeno nelle sue formulazioni più "retoriche" e la riconduzione della libertà professionale, se non alla libertà di impresa, almeno alla libertà di iniziativa economica privata.

Alla luce di questo rinnovato quadro sistematico è possibile affrontare i punti da sempre dolenti nella regolamentazione dei servizi professionali nell'esperienza italiana:

Attività pubblicitaria: Si consideri che il Tribunale di primo grado ha chiaramente ricondotto la pubblicità comparativa (leale ed adeguata) nell'area di protezione della libera concorrenza, censurando il relativo divieto di un'autorità nazionale: cfr la decisione *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti* (T-144/99), parr. 72 ss. Nella stessa direzione si orienta la Comunicazione della Commissione del 2004.

Tariffe professionali: Si tratta di un ulteriore profilo bisognoso di interventi riformatori, soprattutto per le tariffe professionali minime. Le decisioni adottate dalla Corte di Giustizia nei casi *Cipolla e Macrino* (C-94/04 e C-202/04), rinviando al Giudice nazionale la valutazione sulla giustificatezza o meno delle tariffe minime, appaiono, infatti, ben lungi dal risolvere il problema. Una nuova questione, relativa all'inderogabilità degli onorari minimi è stata, infatti, oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza 31 maggio 2007, n. 2814. La Corte avrà quindi probabilmente l'occasione di tornare sul tema della decisione *Arduino* (C-35-99) che probabilmente rappresenta un punto di equilibrio momentaneo, avendo la Corte riconosciuto che uno Stato membro può stabilire un sistema di tariffe che fissa livelli minimi e massimi per gli onorari soltanto se ciò è necessario nell'interesse pubblico (così, appunto, la sent. *Arduino*). Sul punto cfr. anche le considerazioni critiche contenute nella comunicazione della Commissione *Relazione sulla concorrenza*, cit., 10 ss. sul sistema di prezzi fissi per i servizi professionali.

Limitazioni in ordine alla struttura aziendale ed alla collaborazione con altre categorie professionali: le restrizioni della sentenza *Wouters* si spiegano con riferimento alla peculiarità della situazione in esame. La già ricordata Comunicazione della Commissione europea intitolata *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali* auspica una revisione delle attuali regole sulla struttura aziendale per le ipotesi di collaborazione tra membri della stessa professione e per i casi in cui non vi sia necessità prioritaria di proteggere l'indipendenza dei professionisti, come nel caso di ingegneri ed architetti (p. 16). Sul punto spunti di grande suggestione possono venire dalla lettura dal *Rapporto Clementi* sulla regolamentazione dei servizi legali in Inghilterra e Galles.

Si badi che ciò che si vorrebbe sostenere non è certo una semplicistica equazione tendente ad equiparare gli ordini professionali a delle organizzazioni per loro natura anti-concorrenziali.

Come si è già accennato, gli ordini, almeno nell'ordinamento italiano, appaiono espressione del principio di sussidiarietà inteso come autogoverno della comunità professionale di riferimento e quindi godono di apprezzamento costituzionale. La produzione di norme (ordinamento deontologico) appare, quindi, in via di principio positiva.

Vero è, tuttavia, che essi, nell'esperienza italiana, appaiono sicuramente esposti in modo prioritario ai rischi della distorsione della concorrenza, anche in forza dei condizionamenti culturali sopra ricordati.

Di seguito si accenna ai profili maggiormente delicati, sul punto:

accesso alla professione

al fine di scongiurare rischi di “autoreferenzialità” della categoria, allorché sia necessario prevedere a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti barriere all'ingresso, è evidente la preferibilità dell'esame di abilitazione senza limitazioni quantitative, piuttosto che il numero “chiuso” (come nel caso italiano del concorso per i notai...) ed, inoltre, ogniqualvolta sia possibile, è preferibile che le commissioni di valutazione siano in maggioranza composte da soggetti tecnicamente qualificati ma non appartenenti alla categoria professionale interessata (o, almeno, non operanti nello stesso segmento di mercato).

A questo proposito, se è vero che la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha nella sua ordinanza del 17 febbraio 2005 (C-250/03), *Mauri*, ritenuto non contraria agli articoli 43, 81, 82 Tr. Ce la disciplina italiana relativa alla composizione della commissione esami di accesso all'esercizio della professione forense, in considerazione dei rilevanti poteri che lo Stato mantiene nel procedimento di esame, ha successivamente censurato il sistema lussemburghese che prevede che il diniego di iscrizione all'ordine (per un avvocato inglese) sia presa da un organo composto esclusivamente, in primo grado, e prevalentemente, in secondo grado, da avvocati che esercitano la professione in Lussemburgo (sentenza del 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*).

potestà disciplinare

La comunicazione della Commissione *Relazione sulla concorrenza*, cit., 20 ss. fa intravedere, sulla base dei principi della decisione *Arduino* della Corte di Giustizia, un orientamento restrittivo dell'istituzione comunitaria in ordine all'ampiezza dei poteri statali di regolamentazione delegabili alle associazioni di categoria. Le conclusioni della decisione *Wilson* appena sopra ricordate appaiono, poi, facilmente estensibili anche all'ordinamento della potestà disciplinare nel sistema italiano.

Sui processi di liberalizzazione dei mercati delle professioni, in particolare nell'esperienza italiana:

- Esigenze di liberalizzazione dei mercati delle professioni desumibile dal circuito virtuoso tra principi costituzionali e principi comunitari indicato nella prospettiva di analisi di Cesare Pinelli: la liberalizzazione delle professioni come strumento fondamentale per garantire forme redistributive di giustizia sociale.
- Ridefinizione del quadro determinato dal diritto dell'Unione europea (libertà di circolazione delle merci, delle persone e dei capitali (artt. 23 ss. TCE); Titolo III del TCE e liberalizzazione dei servizi (art. 52 TCE) e, come si è visto in specifico riferimento alle professioni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia;
- In questo contesto di riferimento, vengono tracciate le coordinate entro cui dovrebbero dispiegarsi i processi di liberalizzazione dei mercati delle professioni.
- Obiettivi: obiettivi delle liberalizzazioni e trasformazione dell'economia italiana in un'economia di servizi;
- Strumenti: esame degli aspetti rilevanti dei decreti Bersani (con particolare riferimento al decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7), che hanno avviato un processo di abolizione dei minimi e massimi tariffari e del divieto di pubblicità, anche se non hanno messo in discussione il monopolio degli ordini professionali (che si configurerebbe come provvedimento tipico di liberalizzazione giuridica);
- Garanzie: necessità di procedere con gradualità rispetto alla tutela dei principi costituzionali e delle esigenze unitarie, al fine di scongiurare il rischio di asimmetrie regolative (sul punto, esame della giurisprudenza costituzionale).
- Tendenze contraddittorie sulla liberalizzazione dell'accesso alle professioni nella legislazione regionale.

Un'ultima prospettiva di indagine della presente ricerca attiene alle tecniche attraverso le quali il diritto comunitario tende a realizzare, al proprio interno, la libera circolazione dei lavoratori professionali, sia in termini di libertà di prestazione di servizi che di stabilimento.

Si tratta di una linea di indagine che porta a considerare la direttiva 2005/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e la celebre direttiva 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno (nota come direttiva ex-Bolkestein).

Ciò che appare da approfondire, in particolare, è la difficile messa a fuoco della tecnica idonea ad assicurare l'obiettivo della libera circolazione dei lavoratori professionali e dei servizi, evitando i ben noti rischi di *dumping* sociale e di sterilizzazione del conflitto collettivo, nonché di scadimento del livello delle prestazioni, con possibile compromissione di standard qualitativi riconducibili a diritti costituzionalmente garantiti. Il tradizionale *principio del mutuo riconoscimento* appare, infatti, in questo caso non facilmente applicabile mentre il tentativo operato dalla formulazione originaria della direttiva Bolkestein di utilizzare il principio del *paese di origine del prestatore* (art. 16 del testo originario) ha suscitato una ribellione dentro e fuori il Parlamento europeo tale da rendere, come si è accennato, la direttiva Bolkestein qualcosa di profondamente diverso: ciò che appunto è stato icasticamente definito la direttiva ex-Bolkestein.

Di qui il ricorso ad un criterio di *armonizzazione temperata*, ispirato, in via di principio, al riconoscimento reciproco, ma nel quale resta riconosciuta agli Stati membri una possibilità di intervento idonea ad attenuare l'operatività pratica di tale principio.

Ciò è evidente per ciò che concerne la possibilità di regimi di autorizzazioni per l'esercizio della libertà di stabilimento prevista dall'art. 9 ss. della direttiva sui servizi, ovvero l'ampio elenco di deroghe all'operatività della libera prestazione di servizi contenuto nell'art. 17 della direttiva medesima (tra cui gli avvocati). In ogni caso, è da sottolineare come l'intervento autorizzatorio e, comunque, regolativo nazionale debba effettuarsi nel rispetto dei criteri di cui all'art. 10 (per la libertà di stabilimento) e 16 (per la libertà di prestazione di servizi) della direttiva servizi, tra i quali spiccano quelli della *non discriminazione, necessità, proporzionalità, certezza, trasparenza e accessibilità*, che assumono sempre più carattere di principi generali dell'ordinamento comunitario. Un – più moderato - criterio di riconoscimento reciproco, temperato dalla presenza di alcune clausole di salvaguardia (art. 5, comma 1, lett. b, per la prestazione di servizi ed art. 14 per la libertà di stabilimento), riguarda la direttiva 2005/36/Ce, che si caratterizza, comunque, soprattutto per l'analitica opera di corrispondenza tra qualifiche professionali di diversi Stati membri operata dalla stessa direttiva.

La ricerca può in questo caso muoversi nella prospettiva di verificare l'effettivo successo, nella prassi, della tecnica normativa posta alla base di queste due direttive, pur nella loro diversa ispirazione e, conseguentemente, l'effettiva apertura del mercato europeo nella prestazione di servizi professionali.