

La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo

Eduardo Gianfrancesco e Guido Rivosecchi

(versione finale aggiornata al 15 settembre 2009)

Sommario: 1. Premessa. 2. Le professioni intellettuali nell'angustia dell'interpretazione costituzionale tradizionale. 3. L'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento delle professioni. 4. La liberalizzazione dei mercati delle professioni. 5. Gli effetti di liberalizzazione dei c.d. decreti Bersani sulle attività libero-professionali ed intellettuali. 6. La liberalizzazione di talune categorie non ordinistiche. 7. La liberalizzazione del mercato delle professioni tra (incertezze della) riforma e (tentativi di) controriforma. 8. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa

L'analisi della tormentata evoluzione della disciplina delle professioni nell'ordinamento italiano, nei rapporti di queste con l'ordinamento comunitario, avvalorata la tesi - sostenuta in alcuni dei contributi del presente volume¹ - relativa alla capacità del diritto europeo di consentire una profonda rilettura di tradizionali (ma non ineluttabili) sistemazioni di istituti o settori normativi nazionali, consentendo ad essi di dispiegare potenzialità inaspettate e di instaurare nuovi (o meglio, prima inesplorati) nessi sistematici con la stessa Costituzione del 1948.

E' subito il caso di precisare che l'uso dell'aggettivo "tormentata" a proposito di questa vicenda non risponde ad una mera velleità di drammatizzazione letteraria. Come emergerà dalle pagine seguenti, la diffusione dei principi del diritto europeo nella disciplina italiana delle attività professionali si manifesta tutt'altro che semplice e lineare, dovendo superare vigorose resistenze (emozionali, concettuali, corporative e, naturalmente, economiche). Inoltre, i risultati faticosamente raggiunti non sempre possono dirsi acquisiti e consolidati, risultando esposti a tentativi di indebolimento, se non di vera e propria "restaurazione" di assetti precedenti, condotti a diversi livelli di azione.

¹ T. TREU – C. PINELLI, *Introduzione*; C. PINELLI, *Sulla compatibilità fra gli enunciati costituzionali sui rapporti economico-sociali e il diritto dell'Unione europea*.

2 *Le professioni intellettuali nell'angustia dell'interpretazione costituzionale tradizionale*

Il caso delle professioni intellettuali è emblematico della capacità innovatrice che una lettura “comunitariamente” orientata delle disposizioni costituzionali italiane è in grado di generare.

Va, infatti, sottolineato, a questo riguardo, come, rispetto ad un discutibile modello “chiuso”, desumibile dall'impianto originario della disciplina degli ordini professionali di epoca statutaria, l'avvento della Costituzione repubblicana ha senza dubbio rappresentato una prima significativa e profonda cesura, che, ben prima dell'impatto del diritto dell'Unione europea, ha offerto delle (in parte inesplorate) potenzialità ai fini di garantire l'apertura del modello originario.

In effetti, la Costituzione del 1948 aveva già espunto qualsiasi riferimento a riserve di attività professionale, mantenendo soltanto la previsione dell'esame di Stato “per l'abilitazione all'esercizio professionale”. Sulla base delle disposizioni costituzionali, l'unica distinzione avvalorata dal diritto positivo è, come noto, quella tra professioni “ordinistiche” e professioni “non ordinistiche”², trovando soltanto le prime un espresso fondamento costituzionale nell'art. 33, quinto comma, Cost., nella misura in cui esse sono rette da ordini professionali.

Ebbene, questa discontinuità rispetto all'immediato passato non viene adeguatamente valorizzata per un lungo periodo. Nelle interpretazioni tradizionali, infatti, il tema delle professioni viene in rilievo essenzialmente con riferimento alla previsione dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professioni, di cui all'appena ricordato quinto comma dell'art. 33 Cost.³. Più in generale, viene operato un collegamento del lavoro del professionista alla generale garanzia dell'art. 4 Cost., quale matrice costituzionale fondamentale delle situazioni e dei rapporti che trovano svolgimento nel titolo III della parte prima della nostra legge fondamentale⁴.

Soltanto in talune ricostruzioni più acute e, soprattutto, solo dopo la nuova formulazione dell'art. 118 Cost. a seguito della legge costituzionale n. 3 del 2001, si approfondisce il

² Sul punto, cfr., ad esempio, C. MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, Milano, 1992, 25 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 1166 ss.; E. BINDI – M. MANCINI, *Principi costituzionali in materia di professioni e possibili contenuti della competenza legislativa statale e regionale alla luce della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2004, 1320 s.

³ Si segnalano, a questo proposito, i contributi di A. PREDIERI, *Annotazioni sull'esame di Stato e l'esercizio professionale*, in *Giur. cost.*, 1963, 506 ss (Nota a Corte costituzionale, sent. n. 58 del 1963), nonché la già ricordata opera di C. MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, cit.

⁴ Sui caratteri dell'art. 4 Cost. come disposizione di principio, si rinvia alle riflessioni di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, ora in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 145 ss. Per l'applicazione al lavoro professionale, cfr. G. PERA, *Professione e lavoro (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1987, 1033 ss.

collegamento degli ordini – nei quali una parte rilevante delle attività professionali, specialmente intellettuali, è chiamata a svolgersi – al principio di sussidiarietà orizzontale⁵.

Ciò che interessa evidenziare in questa sede, è, invece, come il mondo delle professioni sia nelle interpretazioni correnti tenuto nettamente separato dalla disciplina costituzionale in tema di iniziativa economica privata e dalla dialettica tra situazione garantita (l’iniziativa economica, appunto) e limiti che ad essa si accompagnano (l’utilità sociale; la concorrenza, qualora non la si fondi sull’utilità sociale)⁶. Si tratta della “concezione trionfalistica” delle professioni, per riprendere un’espressione di V. Buonocore⁷, utilizzata in seguito da A. Fantozzi⁸, 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 una 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...”⁹.

A parere di chi scrive, tale configurazione manifesta con il passare del tempo – e con il progressivo affermarsi dei principi di ispirazione comunitaria, da un lato, e dei fenomeni di internazionalizzazione se non di globalizzazione di molte professioni intellettuali, dall’altro¹⁰ – sempre più chiaramente una visione angusta e riduttiva delle professioni.

Al di là della pur importante riconduzione dell’attività del professionista ad un diritto di libertà, quello dell’art. 4 Cost. - peraltro collocato *in apicibus* del testo costituzionale e, pertanto, non inserito nella trama di limiti e relazioni sistematiche che altre previsioni costituzionali di vantaggio (ad esempio l’art. 41...) offrono¹¹ - la ricostruzione tradizionale resta sostanzialmente imperniata su ordini professionali/enti pubblici che esauriscono la propria ragion d’essere nello

⁵ A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, 2° ediz., Torino, 2006, 99 ss.

⁶ Per un’analisi critica di questo orientamento, sia consentito rinviare a E. GIANFRANCESCO *Libertà d’impresa e libertà professionale nell’esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2209 ss.

⁷ V. BUONOCORE, *Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società professionali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 100.

⁸ A. FANTOZZI, *Note sulla liceità delle società tra professionisti dopo la sentenza della Corte costituzionale* (nota a Corte cost., sent. n. 17 del 1976), in *Giur. cost.*, 1976, I, 1608.

⁹ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, 12.

¹⁰ Valga per tutti l’esempio dei professionisti del diritto (intendendosi per tale una categoria più ampia di quella dei soli avvocati) analizzati da Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell’ordine giuridico internazionale*, ediz. it., Milano, 1997.

¹¹ Cfr., comunque, il riferimento in questo volume alla portata generale della previsione di cui all’art. 35, comma primo Cost., ritenuta inclusiva di tutte le attività che concorrono, ex art. 4, secondo comma Cost., al progresso materiale e spirituale della società e, quindi, tanto dei lavoratori subordinati ed in cooperazione come di quelli autonomi, gli imprenditori individuali, i liberi professionisti: G. DI GASPARE, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in questo volume.

svolgimento di funzioni di vigilanza pubblicistica sugli appartenenti alla categoria professionale¹²: in particolare si tratta della selezione all'ingresso della categoria professionale, della "polizia" disciplinare nei confronti degli appartenenti al gruppo ed, in misura crescente negli anni, di rappresentanza degli interessi della categoria e dei suoi componenti nei confronti degli altri pubblici poteri¹³. Tale sistemazione si manifesta, tuttavia, inidonea ad assicurare soddisfazione ad altre forme di interesse anch'esso 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 concorrenzialità di tale mercato.

Coerentemente con l'assunto iniziale di questo scritto, va ancora sottolineato come una lettura "comunitariamente" orientata delle norme costituzionali in tema di professioni costituisca, l'occasione per operare una ri-lettura costituzionalmente orientata dei presupposti giustificativi delle professioni stesse (intellettuali e non), evidenziando l'essenziale collegamento delle stesse con beni costituzionalmente rilevanti incisi dall'attività professionale, ovvero proponendo una visione delle professioni regolamentate e degli ordini professionali come mezzi *necessari ed idonei* a tutelare tali beni: si tratti della *salute* (medici, farmacisti, biologi ad esempio), così come dell'*incolumità pubblica e privata* (architetti, ingegneri, geometri) o del *diritto di difesa* (avvocati, contabili, forse anche notai).

E' questo il rilevante ambito nel quale sono chiamati ad intervenire 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, potendosi rilevare anche in questo caso la reciproca implicazione e l'intreccio tra politiche legislative e situazioni costituzionalmente protette (quelle del professionista, innanzitutto, ex art. 4 Cost.¹⁴ e quelle dei consumatori, così come risulta dall' "emersione formale" di questi ultimi nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

¹² E nei limiti in cui l'attuale struttura degli ordini professionali consente un'efficace azione di vigilanza. Sul punto, cfr. *infra* nel testo.

¹³ Su tale ultima dimensione, cfr. innanzitutto il suo inserimento nel modello sociale chiaramente tratteggiato da J.H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, ediz. it., Milano, 1983. Per il riconoscimento di una funzione di vera e propria rappresentanza politica in capo agli ordini professionali, cfr. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, 2005. Il riconoscimento al Consiglio Nazionale Forense della legittimazione ad intervenire nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale su questioni relative ad astensioni forensi dalle udienze, proclamate da Consigli locali, ad opera della sent. n. 171 del 1996 della Corte costituzionale, può essere visto come un'apertura della Corte a questa prospettiva.

¹⁴ Anche se con riferimento ad altro contesto (politiche per l'occupazione), l'ampio spazio che l'art. 4 Cost. rimette a politiche legislative per la realizzazione dei diritti sociali è evidenziato dal già ricordato contributo di C. PINELLI, *Sulla compatibilità fra gli enunciati costituzionali sui rapporti economico-sociali e il diritto dell'Unione europea*, in questo volume.

3 *L'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento delle professioni*

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

In primo luogo - e quasi a spazzare via la fonte di tanti fraintendimenti ed ipocrisie - va menzionata 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 concorrenza¹⁵ ma che sembra trascendere l'ambito di questa. Essa si fonda, infatti, sul riconoscimento delle fondamentali libertà di stabilimento (art. 43) e di prestazione di servizi (art. 49) previste dal Trattato Ce al fine di realizzare gli obiettivi dell'art. 2 del medesimo Trattato¹⁶.

Si tratta di un'impostazione che sembra essere stata posta dalla Corte costituzionale italiana alla base della propria sentenza n. 443 del 2007 nella quale il giudice di costituzionalità delle leggi ha ricondotto le disposizioni del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006, n. 248 (la c.d. legge Bersani)¹⁷ in tema di tariffe minime, pubblicità e società professionali alla materia "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., affermando una competenza legislativa esclusiva dello Stato in argomento "con i limiti oggettivi di proporzionalità ed adeguatezza, più volte indicati da questa Corte"¹⁸.

Va peraltro segnalato come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea distingue ora la libertà professionale (art. 15)¹⁹ dalla libertà d'impresa (art. 16)²⁰, imponendo una maggiore precisione nell'individuazione della situazione garantita qui considerata. Nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali dovesse acquisire efficacia giuridica vincolante²¹, la libertà professionale godrebbe di un fondamento di natura costituzionale autonomo, con una inevitabile diretta ripercussione anche sull'ordinamento italiano.

Costituisce oggetto di interpretazione sistematica del testo della Carta dei diritti fondamentali, qualora questa acquisti efficacia vincolante, la relazione tra le due disposizioni degli

¹⁵ Cfr. per tutte le sentenze *Höfner ed Elser* (C- 41/90) (par. 36 ss.) e *Spedizionieri doganali* (C-35/96), nonché la sentenza *Pavlov* (cause riunite da C-180/98 C-184/98). Per quanto riguarda specificamente l'attività forense, cfr. la sentenza *Wouters* (C-309/99). Nella dottrina italiana, cfr., per tutti, A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, in *Rass. for.*, 2004, 637 ss.

¹⁶ Meno conferenti appaiono altre disposizioni del Trattato, come evidenziato nella Sentenza *Doulamis* (C-446/05), con riferimento agli articoli 3, n. 1, lett. g), 10, secondo comma e 81 del Trattato Ce in una questione relativa al divieto di pubblicità stabilito dall'ordinamento belga in materia di prestazioni di cure dentistiche.

¹⁷ Sul quale, cfr. *infra*, par. 3 del presente scritto.

¹⁸ N. 6.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ A proposito della quale, cfr. il commento di G. DEMURO, Art. 15, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 125 ss..

²⁰ A proposito della quale, cfr. il commento di A. LUCARELLI, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO), *L'Europa dei diritti*, cit., 130 ss..

²¹ Si tratta di un'ipotesi che è destinata a concretizzarsi, come è noto, nel caso di entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica i Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione.

articoli 15 e 16, ovvero se esse si pongano in rapporto di completa separazione, imponendo uno statuto ricostruttivo autonomo e distinto della libertà professionale rispetto alla libertà di impresa oppure di parziale sovrapposizione, configurando la prima soprattutto come libertà di accesso alla professione (art. 15, comma 1) e la seconda come libertà che attiene allo svolgimento delle attività economicamente rilevanti, ivi comprese le attività professionali. Tale seconda linea interpretativa avrebbe forse il pregio di fare salvi i consolidati orientamenti del giudice comunitario sopra ricordati sull'assimilazione dell'attività professionale ad attività di impresa che dovrebbero essere invece sottoposti a profonda revisione qualora si affermasse l'opzione interpretativa della separazione strutturale tra le due situazioni protette. Il problema non sembra assumere il medesimo rilievo, invece, nell'attuale situazione in cui la Carta dei diritti fondamentali assume un'efficacia al più ricognitiva delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, risultando insufficiente tale dimensione per trarre conclusioni in ordine alla questione in esame²².

Il secondo elemento di rilievo nell'approccio comunitario al tema della disciplina delle professioni – che ci richiama allo stretto *linkage* tra diritti e politiche regolative²³ - è rappresentato dai recenti approfondimenti e prese di posizione da parte delle Istituzioni comunitarie²⁴ sulle ragioni giustificative e sulle modalità più adeguate della regolamentazione nazionale del settore delle professioni, nonché sull'ampiezza di tale disciplina.

Il presupposto è ovviamente costituito dalla crescente rilevanza dei servizi professionali nell'economia europea²⁵, mentre i parametri in base ai quali valutare la giustificata o meno della regolamentazione dei servizi professionali sono individuati nei seguenti elementi²⁶:

²² E' impossibile, in questa sede, dar conto, seppur sommariamente, del dibattito sull'efficacia giuridica della Carta dei Diritti fondamentali nella sua formulazione originaria. Per una concisa ma efficace analisi delle novità apportate dal Trattato di Lisbona rispetto alla situazione precedente, cfr. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, nel volume curato da ASTRID AA.VV (a cura di F. BASSANINI, G. TIBERI), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, 89 ss.

²³ Cfr. a questo proposito l'art. 4, comma 1, del Trattato Ce ed *ivi* la finalizzazione della politica economica comunitaria e degli Stati membri al raggiungimento degli obiettivi dell'art. 2 del Trattato medesimo e la conduzione della stessa "conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

²⁴ Ci si riferisce in questa sede principalmente alla Comunicazione della Commissione europea dal titolo *Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali* del 9 febbraio 2004 [COM(2004) 83 definitivo] ed al seguito della medesima [COM(2005)405] del 5 settembre 2005, nonché alla risoluzione del Parlamento europeo del 12 ottobre 2006. Con riferimento a quest'ultimo atto di indirizzo, è da segnalare, tuttavia, che il Parlamento europeo si era espresso in termini decisamente meno "pro-concorrenziali" sul tema delle tariffe obbligatorie forensi nella precedente risoluzione del 23 marzo 2006.

Stimolanti riflessioni vengono ancora oggi, a quasi cinque anni dalla sua adozione, dalla lettura del rapporto finale che Sir David Clementi (ex Vice governatore della Banca d'Inghilterra) ha elaborato su richiesta del Segretario di Stato per gli Affari costituzionali in ordine alla regolamentazione dei servizi legali in Inghilterra e Galles e sulle correlate prospettive di riforma (*Review of regulatory framework for legal services in England and Wales. Final Report* del 15 dicembre 2004). Il testo del Rapporto Clementi è consultabile in www.legal-services-review.org.uk. Nel 2007 è stata approvata dal Parlamento britannico la riforma organica del settore dei servizi legali per l'Inghilterra ed il Galles: *Legal Services act 2007 (2007 chapter 29)*. Per il testo della riforma, cfr. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070029_en_1.

²⁵ Sul punto, cfr. i dati contenuti nel par. 2.2 della *Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali* del 9 febbraio 2004 [COM(2004) 83 definitivo] appena richiamata.

- a) *l'asimmetria informativa* tra clienti e prestatori di servizi, dovuta al divario di conoscenze tra i primi ed i secondi in ordine al servizio reso e collegata alla concreta possibilità per i clienti di valutare lo stesso;
- b) le *esternalità* che i servizi professionali possono avere sui terzi, intese come conseguenze pregiudizievoli che un inappropriato esercizio dell'attività professionale può produrre su tali soggetti;
- c) il carattere di *beni pubblici (credence goods)* che i servizi in questione rivestono in generale per una società, rappresentando un valore per questa e giustificando una regolamentazione restrittiva per mantenere integro tale valore.

Sono questi i possibili fondamenti di un intervento regolativo, peraltro da contenere entro un rigoroso test di proporzionalità (secondo una caratteristica dell'esercizio dei poteri pubblici comunitari²⁷), al fine di realizzare interventi meno invasivi possibili delle libertà sopra ricordate.

Nonostante la schematicità di questi passaggi, non può sfuggire la profonda novità dell'approccio comunitario al tema qui considerato rispetto alla tradizione italiana: la giustificazione dell'esistenza di regolazione delle professioni legata essenzialmente alla salvaguardia di interessi dei "consumatori" dei servizi stessi; un approccio pro-concorrenziale al mercato dei servizi professionali²⁸; un diverso – ed, a ben vedere, più saldo – fondamento della stessa attività professionale, non più presupposta o menzionata implicitamente in Costituzione, ma ancorata allo statuto costituzionale dell'impresa o, comunque, delle attività economicamente rilevanti.

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

Di più: come si è più volte accennato, l'ordinamento comunitario ha consentito di scoprire virtualità nascoste nelle stesse previsioni costituzionali italiane: 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 indugiare²⁹), così come il salutare abbandono della concezione "trionfalistica" delle professioni, almeno nelle sue

²⁶ Par. 4 della *Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali* del 9 febbraio 2004 [COM(2004) 83 definitivo].

²⁷ Sul principio di proporzionalità nel diritto europeo, cfr. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *L'ordinamento europeo ** L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 225 ss.

²⁸ Si è ben consapevoli che ciascuna di queste espressioni (*pro-concorrenziale*, *mercato*, *servizi professionali*) è in grado di suscitare un (salutare) sussulto nei sostenitori *old-fashioned* dell'ordinamento italiano delle professioni!

²⁹ Si vedano sul punto, il contributo di V. CERULLI IRELLI, *L'impresa pubblica*, nel presente volume. Sulla disciplina costituzionale della concorrenza, cfr., recentemente, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

formulazioni più “retoriche”, e la riconduzione della libertà professionale, se non alla libertà di impresa, almeno alla libertà di iniziativa economica privata³⁰.

4. La liberalizzazione dei mercati delle professioni

Il circuito virtuoso disegnato tra principi costituzionali e principi comunitari messo sopra in rilievo – nel solco della prospettiva indicata da Cesare Pinelli e da Stefano Giubboni nei contributi in questo volume – consente di svolgere qualche ulteriore considerazione sulle ricadute del diritto dell’Unione europea sui processi di liberalizzazione nei mercati delle professioni.

Sia pure con tutte le difficoltà di attribuire un significato univoco al termine liberalizzazione, anche in espresso riferimento al mercato del lavoro³¹, le forme e i contenuti della libertà di accesso alle professioni segna probabilmente uno degli aspetti più significativi delle politiche redistributive e di giustizia sociale delle forme di Stato contemporanee, sia dal punto di vista della rimozione di ingiustificate limitazioni al numero complessivo dei professionisti, sia a garanzia della qualità delle prestazioni a tutela dei cittadini-utenti³².

Si tratta infatti di politiche fondamentali finalizzate a porre in essere quegli strumenti necessari a garantire la contendibilità non soltanto dei mercati, ma anche delle professioni.

Da questo punto di vista, colpisce la pervicacia con cui i processi di liberalizzazione messi in atto a livello comunitario furono osteggiati da alcuni ordini professionali (come quello forense) allo scopo di salvaguardare privilegi acquisiti.

Non possono essere infatti trascurati gli indirizzi qui di seguito ricostruiti della giurisprudenza della Corte di giustizia, nel solco dei principi fondamentali del diritto dell’Unione europea: si pensi alle libertà fondamentali, tra cui la libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali (artt. 23 ss. TCE); all’intero Titolo III del TCE sulla “Libera circolazione delle persone, dei servizi, dei capitali”; al processo di liberalizzazione dei servizi, con particolare riferimento all’art. 52 TCE e alla direttiva 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno (nota come “direttiva servizi” o “ex-Bolkestein”).

In questo quadro, pare senza dubbio significativo l’influsso del diritto comunitario sull’apertura dell’ordinamento interno delle professioni, tradizionalmente ascrivibile ad un modello

³⁰ Per questa prospettiva, sia consentito il richiamo a E. GIANFRANCESCO, “*Sciopero*” degli avvocati e Costituzione, Milano, 2002, cap. IV.

³¹ Cfr. M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in AA.VV. (a cura di E. STICCHI DAMIANI), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell’evoluzione della disciplina*, Torino, Giappichelli, 2008, 11 ss., spec. 15 ss.

³² In questo senso, cfr., ad esempio, M. MONTI, *Concorrenza e regolazione nell’Unione europea*, in AA.VV. (a cura di G. TESAURO, M. D’ALBERTI), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 83.

sostanzialmente “chiuso”, nella misura in cui determinate attività professionali venivano affidate in via esclusiva a determinate categorie, riservandone poi il controllo – come si accennava – ad ordini professionali di natura pubblicistico.

Il graduale superamento di questo discutibile modello “chiuso” ha visto un’ulteriore e significativa tappa nei c.d. decreti Bersani, i quali, pur essendo prevalentemente orientati alla disciplina di talune categorie professionali c.d. non ordinistiche, hanno comunque ripreso e valorizzato principi di liberalizzazione di valore generale.

5. Gli effetti di liberalizzazione dei c.d. decreti Bersani sulle attività libero-professionali ed intellettuali

In particolare, il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con (significative) modificazioni nella legge 4 agosto 2006, n. 248, avvia il processo di liberalizzazione di talune categorie professionali, introducendo, nel contempo, principi di ampia portata generale. Tra questi, si ricorda l’art. 2, comma 1, del provvedimento, che dispone, in conformità con i principi comunitari di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone e dei servizi, l’abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, in riferimento alle attività libero-professionali ed intellettuali: a) la fissazione di tariffe obbligatorie minime, ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti; b) il divieto, anche parziale, di svolgere attività informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall’ordine; c) il divieto di fornire all’utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l’oggetto sociale relativo all’attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità.

Si tratta di un passaggio di notevole rilievo – anche se meno incisivo rispetto ai più ampi e generali effetti abrogativi sulla normativa previgente previsti dall’originario decreto-legge – che viene comunque ad abrogare tutte le disposizioni contenenti tariffe obbligatorie fisse o minime per i professionisti, lasciando però in vigore quelle concernenti le tariffe massime, espressamente fatte salve dall’art. 2, comma 2, della stessa legge n. 248 del 2006. Pur mantenendo la tendenza dell’ordinamento generale ad attribuire agli ordinamenti particolari delle professioni la funzione di

individuare i compensi dovuti al professionista, vengono in tal modo arginati gli aspetti maggiormente anticoncorrenziali della previgente normativa.

In secondo luogo, mediante la soppressione del divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti viene superata la visione tradizionalmente negativa rispetto alla possibilità di variare il compenso professionale in relazione al risultato della prestazione, in quanto ritenuto in contrasto con la ricostruzione dell'obbligazione del professionista intellettuale come obbligazione di mezzi e non di risultato (*ex plurimis*, sent. Cassaz., Sez. Un., 13 gennaio 2005, n. 583). Orientamento, quest'ultimo, ormai criticabile alla luce dei principi comunitari sopra ricordati e che saranno qui di seguito ulteriormente sviluppati.

In terzo luogo, viene disposta l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari contenenti, a vario titolo, divieti di pubblicizzazione delle prestazioni professionali, sia pure limitatamente ai seguenti profili: titoli e specializzazioni professionali; caratteristiche del servizio offerto; prezzo delle prestazioni. L'art. 2, comma 1, lett. *b*), della legge n. 248 del 2006, viene pertanto ad abrogare il divieto precedentemente previsto per gran parte delle professioni di ricorrere alla pubblicità, il quale poggiava sull'anacronistica considerazione che quest'ultima, in qualsiasi forma, fosse considerata come strumento esclusivo del settore commerciale e pertanto incompatibile con la dignità, i contenuti e le modalità di esercizio delle professioni intellettuali. Oggi, invece, specie alla luce dell'evoluzione della normativa comunitaria, da un lato l'ordinamento si è sempre maggiormente dotato di strumenti di tutela a fronte di eventuali abusi nella pubblicità³³; dall'altro, la stessa trasformazione delle modalità di esercizio delle professioni impone forme di pubblicizzazione e di trasparenza delle prestazioni professionali, indispensabili al cliente per poter valutare i servizi offerti ed effettuare scelte ragionate.

Analogamente, per quello che rileva nella presente prospettiva, il decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007, n. 40 (parte integrante dei "pacchetto" dei c.d. decreti Bersani), all'art. 2, introduce obblighi di informazione sui prezzi dei carburanti lungo la rete autostradale e stradale, rafforzando di dispositivi di informazione di pubblica utilità (anche) in un'ottica di promozione della concorrenza tra i punti vendita.

Sul versante opposto, analogamente ispirato a criteri di trasparenza, si colloca l'art. 35, comma 12, del provvedimento, nella parte in cui dispone che i compensi in denaro per l'esercizio di arti e professioni siano riscossi esclusivamente mediante assegni non trasferibili o bonifici ovvero altre modalità di pagamento bancario o postale nonché mediante sistemi di pagamento elettronico (salvo per importi unitari inferiori a 100 euro).

³³ Sul punto, cfr., per tutti, M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in AA.VV. (a cura di G. TESAURO, M. D'ALBERTI), *Regolazione e concorrenza*, cit., 177.

Destra, invece, più di una perplessità la tecnica adottata dal legislatore che non ha disposto la puntuale individuazione delle disposizioni legislative e regolamentari effettivamente abrogate, privilegiando la discutibile tecnica dell'abrogazione implicita e rimettendo in tal modo all'interprete anche il compito di individuare le "attività libero professionali e intellettuali" di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 248 del 2006, le quali – come si è visto – risultano invece di tutt'altro che agevole individuazione.

6. La liberalizzazione di talune categorie non ordinistiche

Nel contempo, la citata legge n. 248 del 2006 detta rilevanti disposizioni finalizzate alla tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale, assicurando l'attuazione dei principi comunitari in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi, anche in riferimento alla somministrazione di alimenti e bevande, disponendo, a tal fine, il superamento di limiti e prescrizioni concernenti iscrizioni a registri abilitanti, rispetto delle distanze minime obbligatorie tra attività commerciali, limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, limiti riferiti a quote di mercato predefinite, divieti ad effettuare vendite promozionali (art. 3).

Successive disposizioni, finalizzate a "favorire la promozione di un assetto maggiormente concorrenziale nel settore della panificazione" e ad "assicurare una più ampia accessibilità dei consumatori ai relativi prodotti", vengono ad abrogare la disciplina che assoggettava a determinati limiti l'istituzione di un nuovo panificio, o il trasferimento o la trasformazione di panifici esistenti, soprattutto sopprimendo l'obbligo di dichiarazione di inizio attività da presentare agli uffici comunali (art. 4).

Si tratta di norme, a cui si potrebbe aggiungere l'art. 5 della stessa legge n. 248 del 2006, sulla liberalizzazione del settore farmaceutico, destinate a determinare un riflesso non secondario su talune categorie professionali, investite da processi di liberalizzazione dei punti vendita e degli esercizi commerciali al dettaglio, con la possibilità di stimolare la concorrenza tra i distributori³⁴.

Analogamente, il già citato decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, viene ad introdurre ulteriori misure di promozione del mercato e di tutela della concorrenza (anche) nella prospettiva di talune professioni non ordinistiche. Si va dalle disposizioni di considerevole semplificazione sulla comunicazione unica per l'avvio dell'attività di impresa, alle specifiche disposizioni finalizzate alla liberalizzazione di alcune attività economiche (acconciatore ed estetista; pulizia, disinfezione e

³⁴ Al riguardo, segnalava carenze nella normativa previgente anche M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, cit., 182.

facchinaggio; guida turistica ed accompagnatore turistico; autoscuole; consulente del lavoro; servizi automobilistici interregionali), attraverso la rimozione di vincoli normativi legati a determinati parametri numerici, ai criteri delle distanze minime, al possesso di particolari requisiti professionali o culturali, ovvero legati all'iscrizione a determinati albi professionali.

In questo contesto di riferimento, vengono quindi tracciate le coordinate entro cui dovrebbero dispiegarsi i processi di liberalizzazione dei mercati delle professioni, nel quadro più ampio della trasformazione dell'economia italiana in un'economia di servizi.

Pur non mettendo in discussione il monopolio degli ordini professionali³⁵, il processo messo in atto risulta particolarmente rilevante, specie alla luce delle tecniche attraverso le quali il diritto dell'Unione europea tende a realizzare, al proprio interno, la libera circolazione dei lavoratori professionali, sia in termini di libertà di prestazione di servizi che di stabilimento.

7. La liberalizzazione del mercato delle professioni tra (incertezze della) riforma e (tentativi di) controriforma

Alla luce di questo rinnovato quadro sistematico è possibile affrontare i punti da sempre dolenti nella regolamentazione dei servizi professionali nell'esperienza italiana, sottolineando come il carattere nevralgico di essi sia stato di recente ribadito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, a distanza di dodici anni dalla storica indagine conoscitiva del 1997, è tornata ad occuparsi del tema³⁶, stimolata anche dalla preoccupante diffusione di interpretazioni restrittive e pratiche elusive o di aperta violazione dei recenti provvedimenti legislativi di liberalizzazione ed apertura del mercato dei servizi professionali³⁷.

Attività pubblicitaria dei professionisti.

³⁵ E' tra l'altro curioso che alcuni dei principali sostenitori dei processi di liberalizzazione (anche) dei mercati delle professioni sembrano muovere critiche radicali non tanto (o non soltanto) al sistema monopolistico degli ordini professionali, quanto, piuttosto, ai sindacati, specie nel raffronto tra sistemi europei e sistema statunitense: cfr., ad esempio, A. ALESINA – F. GIAVAZZI, *Goodbye Europa. Cronache di un declino economico e politico*, Milano, Rizzoli, 2006, 63 ss., spec. 72 ss.

³⁶ *Indagine conoscitiva riguardante il settore degli ordini professionali* (IC34), adottata con decisione del 15 gennaio 2009, n. 19435. Il testo è reperibile nel sito dell'Autorità: www.agcm.it.

³⁷ Il caso limite di questa onda di riflusso è rappresentato dal tentativo di ampliare l'area della competenza riservata agli avvocati iscritti all'albo dal settore dell'assistenza giudiziale a quello della consulenza stragiudiziale e legale *lato sensu* ad opera di una serie di disegni di legge di iniziativa parlamentare ispirati ad uno schema elaborato dal Consiglio Nazionale Forense. Criticamente ed icasticamente, su quest'ultimo, cfr. R. BIN, *Al Consiglio Nazionale Forense, la consulenza di un giurista potrebbe giovare?* (7 marzo 2009), in <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/50/23/>. Per un elenco di disegni di legge di riforma dell'ordinamento forense all'esame del Parlamento in questa XVI Legislatura, cfr. *infra* nota 49.

Notevolmente critica nei confronti di tale tentativo appare l'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime) nel documento *Progetti di riforma della disciplina della professione forense: restrizioni ingiustificate e costi per le imprese* (17 aprile 2009), consultabile nel sito www.assonime.it, sezione Note e studi.

In epoca non recentissima, il Tribunale di primo grado aveva chiaramente ricondotto la pubblicità comparativa (leale ed adeguata) nell'area di protezione della libera concorrenza, censurando il relativo divieto di un'autorità nazionale. In questi termini si era espressa la sentenza *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti (T-144/99)*³⁸. A tale orientamento si era ispirata anche la Commissione nella sua *Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali* del 9 febbraio 2004 [COM(2004) 83 definitivo]³⁹.

Molto più recentemente, una conferma dell'importanza di questo profilo per un assetto pro-concorrenziale dei servizi professionali è venuto dalla sentenza *Corporación Dermoestética Sa* del 17 luglio 2008 (C-500/06) con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha ritenuto inidoneo a superare il test di proporzionalità sulla giustificatezza di misure nazionali limitative delle libertà di stabilimento e di prestazione (di cui la garanzia dell'attività pubblicitaria costituisce un aspetto⁴⁰) la disciplina italiana posta dalla legge n. 5 febbraio 1992, n. 175 che consente la pubblicità relativa a trattamenti medico-chirurgici operati in strutture private solo su reti televisive locali (vietandola su quelle nazionali).

Nonostante questa irragionevole limitazione sia stata eliminata dalle disposizioni della legge Bersani già in precedenza richiamate⁴¹, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha evidenziato ripetutamente nella propria Indagine conoscitiva del gennaio 2009 l'orientamento restrittivo di molteplici ordini professionali locali che utilizzando i concetti-valvola di *decoro* e *dignità professionale* hanno surrettiziamente reintrodotta il divieto di pubblicità (comparativa e non) ovvero si sono arrogati un potere di autorizzazione preventiva del messaggio pubblicitario incompatibile con il diritto comunitario e lesivo delle attribuzioni in materia pubblicitaria dell'Autorità stessa⁴².

Tariffe professionali.

Si tratta di un aspetto di notevole importanza, bisognoso di interventi riformatori, soprattutto per ciò che concerne le tariffe professionali minime e nonostante le sopra esaminate modifiche introdotte dalla legge Bersani.

³⁸ Parr. 72 ss.

³⁹ Par. 4.3.

⁴⁰ Cfr. par. 33 della decisione.

⁴¹ Si badi che l'eliminazione dei divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate è ribadita dall'art. 24 della direttiva 2006/123/Ce sui servizi nel mercato interno.

⁴² Parr. 259-274 dell'Indagine conoscitiva del gennaio 2009.

La decisione adottata dalla Corte di Giustizia nei casi *Cipolla e Macrino* (C-94/04 e C-202/04)⁴³ appare ben lungi dal chiudere la questione⁴⁴. Se da un lato, infatti, sembra difficilmente rovesciabile dal Giudice nazionale il rilievo della Corte secondo cui la imposizione di tariffe minime rende eccessivamente difficoltosa la possibilità per gli avvocati stranieri di prestare la propria attività professionale in Italia, con conseguente violazione dell'art. 49 Tr. Ce., maggiormente ampia – e forse difficilmente gestibile – si manifesta la rimessione al Giudice nazionale del potere di valutare la conformità a “ragioni imperative di interesse pubblico” dell'imposizione di tariffe minime, alla luce anche dei criteri di valutazione che la Corte indica ai Giudici⁴⁵ che, per natura e difficoltà, appaiono adeguatamente esperibili da un'Autorità indipendente di settore, quale è l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato che, invece, si è chiaramente pronunciata per l'incompatibilità con il diritto antitrust del sistema dei minimi tariffari inderogabili⁴⁶.

Al pari della decisione *Arduino* (C-35-99), capostipite del “filone” sulle tariffe minime, nella quale venne 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 all'interesse pubblico, si può dire che il punto di equilibrio giurisprudenziale oggi raggiunto appare momentaneo e transitorio.

Non a caso una nuova questione, relativa all'inderogabilità degli onorari minimi, è stata oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza 31 maggio 2007, n. 2814⁴⁷, mentre la sez. VI del medesimo Consiglio di Stato, con sentenza del 6 marzo 2009, n. 47 ha fatto leva sugli orientamenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sulle disposizioni della legge Bersani e “sull'economia complessiva della specifica procedura concorsuale” *sub iudice* per ritenere giustificata la deroga ai minimi tariffari in un procedimento di realizzazione di opere pubbliche.

Non del tutto sufficiente si è dimostrato nella specifica materia il contributo della legge Bersani che nel testo del decreto legge originario prevedeva una secca abrogazione delle norme che stabiliscono tariffe fisse o minime, mentre nella versione coordinata con le modifiche introdotte nel procedimento parlamentare di conversione prevede l'abrogazione *dell'obbligatorietà* delle tariffe fisse o minime, che è cosa ben diversa e che ha consentito a numerosi ordini professionali – come incisivamente lamentato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴⁸ – di continuare ad

⁴³ Sostanzialmente confermata dalla recente ordinanza *Hospital consulting Srl* del 5 maggio 2008 (C-386/07).

⁴⁴ A commento di tale decisione, cfr. A. MARI, *La disciplina comunitaria delle tariffe nazionali per i servizi legali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2008, 17 ss.

⁴⁵ Par. 66 ss. della decisione.

⁴⁶ Cfr., da ultima, l'indagine conoscitiva già più volte richiamata.

⁴⁷ Il testo della decisione è pubblicato in *Corriere giuridico*, n. 1/2008, con nota di B. NASCIMENE – E. BERGAMINI, *Le tariffe professionali degli avvocati: un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, 91 ss.

⁴⁸ Nella già richiamata indagine conoscitiva conclusa nel gennaio 2009: cfr. par. 298 ss.

utilizzare le tariffe minime o fisse come elemento determinante per individuare il compenso adeguato all'importanza dell'opera e al decoro della professione, per riprendere la formulazione dell'art. 2233 c.c.

Ancora più evidente si manifesta la “reazione” alle – pur timide, come si è appena visto – misure liberalizzatrici della riforma Bersani ad opera di taluni disegni di legge all'esame delle Camere nel corso della presente XVI Legislatura repubblicana che reintroducono, con riferimento all'ordinamento forense, le tariffe minime vincolanti⁴⁹.

Limitazioni in ordine all'organizzazione dell'attività professionale ed alla collaborazione del professionista con altri soggetti

Le restrizioni della sentenza della Corte di Giustizia *Wouters* (C-309-99) si spiegano con riferimento alla peculiarità della situazione in esame, che vedeva in gioco un'ipotesi di integrazione tra avvocati e revisori dei conti, con conseguenti problemi in ordine a possibili conflitti di interessi tra le due categorie di soggetti e di tutela del segreto professionale, soprattutto da parte degli avvocati.

Ciò premesso, l'esigenza di consentire, se non di promuovere, forme di integrazione tra professionisti di diversa specializzazione appare facilmente intuibile in un'economia interconnessa e globale come quella contemporanea.

La stessa Corte costituzionale italiana già nel 1995 escludeva la possibilità di interpretare le “sfere di competenza professionale in chiave di generale esclusività monopolistica”, rifacendosi alla “concorrenza parziale ed interdisciplinarietà... [che] appaiono sempre più necessarie in una società, quale quella attuale, i cui interessi si connotano in ragione di una accresciuta e sempre maggiore complessità”⁵⁰.

La già ricordata Comunicazione della Commissione europea *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali* auspica, a questo proposito, una revisione delle attuali regole sulla struttura

⁴⁹ Cfr. art. 12 del disegno di legge AS 1198 (a prima firma Mugnai) e, con alcune limitazioni, art. 12 del disegno di legge AS 711 (a prima firma Casson) per il Senato. Cfr. art. 13 del progetto di legge AC 1004 (a prima firma Pecorella), art. 13 del progetto di legge AC 1447 (a prima firma Cavallaro) ed art. 13 del progetto di legge AC 1494 (a prima firma Capano), anch'essi con alcune limitazioni all'operatività del divieto di deroga delle tariffe minime.

Per quanto riguarda i disegni di legge all'esame del Senato, va osservato che in seno alla 2^a Commissione permanente è stato elaborato – alla data in cui si consegna questo scritto – un testo unificato che prevede, in modo poco coordinato, al comma 5 dell'art. 12 l'inderogabilità e vincolatività degli onorari minimi ed al successivo comma 6 del medesimo articolo la forma scritta per gli accordi tra le parti “in deroga ai minimi ed ai massimi di tariffa”.

Preoccupazione e critica alle ipotesi di reintroduzione delle tariffe minime fisse ed inderogabili è stato espresso dall'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime) nel già ricordato documento *Progetti di riforma della disciplina della professione forense*, cit. 13.

⁵⁰ C. cost., sent. n. 345 del 1995, n. 4 del *Considerato in diritto*.

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. Sul punto, spunti di grande suggestione possono venire dalla lettura del Rapporto Clementi sulla riforma della regolamentazione dei servizi legali in Inghilterra e Galles⁵¹.

In questa linea si inserisce anche l'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge Bersani che - questa volta in modo chiaro ed autoapplicativo⁵² - elimina dal nostro ordinamento il divieto di costituzione di società tra professionisti contenuto nella legge 23 novembre 1939, n. 1815.

Si può anzi riscontrare un atteggiamento fin troppo rigoroso del legislatore di riforma allorché la disposizione in esame impone l'esclusività dell'oggetto sociale relativo all'attività libero professionale, la limitazione ai soli professionisti della possibilità di dar vita e partecipare alle suddette società, l'esclusione della possibilità di ricorrere a società di capitali ed il divieto di partecipazione del professionista a più di una di società⁵³.

E' stato sostenuto che la resistenza all'opera di liberalizzazione è, in questo caso, rappresentata dalla scarsa attenzione, se non dal silenzio, dei codici deontologici in materia⁵⁴. Si tratta, tuttavia, di una circostanza che non è comunque in grado di contrastare l'operatività della riforma che è rimessa allo spirito di iniziativa dei professionisti e, del resto, potrebbe apparire discutibile la pretesa di un codice deontologico di introdurre limitazioni all'autonomia privata nella scelta del modello societario e nella concreta configurazione dello stesso⁵⁵, nei ristretti limiti - occorre aggiungere - consentiti dalla legge.

Avverso utilizzazioni strumentali o pericolose per la tutela di beni costituzionalmente rilevanti delle forme di integrazione tra professionisti o tra professionisti e soggetti privi di tale qualifica, la giurisprudenza comunitaria riconosce comunque possibilità di intervento al legislatore nazionale, legittimando "le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione di capitali ... giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, a condizione che siano atte a garantire la

⁵¹ Già richiamato a nota 24 del presente lavoro.

⁵² A differenza dell'art. 24 della legge 7 agosto 1997, n. 266 che rinviava la concreta operatività dell'abrogazione della norma del 1939 all'adozione di una serie di norme di attuazione mai intervenute.

⁵³ Sul punto, per ulteriori considerazioni e confronti, sia consentito rinviare a E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale*, cit.

⁵⁴ In questi termini l'Indagine conoscitiva dell'Antitrust del gennaio 2009, par. 281 che appare in generale critica suo ruolo in concreto svolto da tali fonti di autoregolamentazione.

⁵⁵ Condivisibile appare, invece, a questo proposito, l'orientamento espresso nell'indagine conoscitiva dell'Antitrust in ordine all'assenza di ragioni per precludere l'esercizio della professione nella forma della società di capitali (par. 283), fermo restando, come è ovvio, la necessaria resa della prestazione da parte di un professionista. E' il caso di sottolineare come tutti i disegni di legge richiamati a nota 49, così come il testo unificato in discussione presso la 2^a Commissione permanente del Senato (art. 4), escludano il ricorso alla società di capitali e la possibilità per il professionista di far parte di più di una società, mentre viene accolta la possibilità di costituzione di società multidisciplinari.

realizzazione dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo”⁵⁶.

Costituisce un esempio rassicurante di tale *clausola di salvaguardia* la recentissima sentenza del 19 maggio 2009 della Corte di Giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione) *Commissione c. Repubblica italiana* (C-531/06)⁵⁷, nella quale è stata ritenuta non in contrasto con la libertà di stabilimento (art. 43 Tr. Ce) e la libertà di circolazione dei capitali (art. 56 Tr. Ce) la disciplina italiana che esclude la possibilità di gestione di farmacie da parte di non farmacisti (tranne alcune limitate eccezioni a favore di eredi di farmacisti deceduti). Ciò in ragione del rischio per la salute dei consumatori e l’equilibrio finanziario dei sistemi di sicurezza sociale derivanti dalla eventuale partecipazione alla gestione della farmacia di soggetti i cui interessi assolutamente prevalenti siano quelli della finalità di lucro, a differenza del farmacista che vede tale finalità (pure presente) temperata “dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente”⁵⁸.

Accesso alla professione

Al fine di scongiurare rischi di “autoreferenzialità” della categoria, allorché sia necessario prevedere barriere all’ingresso a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, 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 nella sua ordinanza del 17 febbraio 2005 (C-250/03), *Mauri*, ha ritenuto non contraria agli articoli 43, 81, 82 Tr. Ce la disciplina italiana relativa alla composizione della commissione per gli esami di accesso all’esercizio della professione forense, in considerazione dei rilevanti poteri che lo Stato mantiene nel procedimento di esame, va anche ricordato come la medesima Corte 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

⁵⁶ Così il par. 49 della sentenza *Commissione c. Repubblica italiana* del 19 maggio 2009 (C-531/06), subito dopo richiamata nel testo, rifacendosi ad una costante giurisprudenza.

⁵⁷ Per un primo commento della decisione, cfr. C. LICINI, *Corte di Giustizia sui farmacisti italiani: paradigma delle professioni fra mercato e interesse pubblico comunitario*, in *Notariato*, 2009, 376 ss.

⁵⁸ Cfr. par. 61 della sentenza.

(sentenza del 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04), lasciando intravedere una possibile evoluzione in senso più rigoroso della propria giurisprudenza che inevitabilmente creerebbe problemi alla legislazione italiana.

Resta ferma la operatività di clausole di salvaguardia insite nell'ordinamento comunitario, in grado di colpire interpretazioni elusive miranti ad aggirare prescrizioni in ordine al superamento di esami di stato o esperienze professionali per l'accesso a professioni regolamentate, come la Corte di Giustizia ha avuto recentemente modo di ribadire nella decisione *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia e M. C.* del 29 gennaio 2009 (C-311/06). Si tratta di una precisazione che ancora una volta va fatta al fine di sedare possibili preoccupazioni sulla tenuta complessiva del sistema di accesso alle professioni regolamentate così come inciso e conformato dall'ordinamento comunitario.

Potestà disciplinare

La comunicazione della Commissione *Relazione sulla concorrenza* 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.

Più precisamente, per tale ordinamento vanno adeguatamente definiti i profili garantistici relativi all'applicazione dei *provvedimenti disciplinari*, ponendosi anche in questo caso il problema del possibile conflitto di interessi, nel caso in cui a decidere ed applicare le misure siano professionisti posti in diretto rapporto concorrenziale con il soggetto nei confronti del quale si procede. La soluzione italiana di consentire il solo ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione delle pronunce disciplinari - assimilate a vere e proprie sentenze - dei Consigli nazionali di alcuni degli ordini professionali (ad es. Avvocati, Chimici, Periti industriali ed, in genere, gli Ordini professionali il cui ordinamento è precedente alla Costituzione repubblicana) appare, oltre che suscettibile di applicazioni anticoncorrenziali, di dubbia compatibilità con il principio del Giudice terzo ed imparziale di cui all'art. 111, secondo comma, Cost., nonché limitativa del diritto di difesa degli "incolpati", per la limitazione di accesso "al fatto" da parte del Giudice di Cassazione, limitato

a pronunciarsi sui vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge (come nel caso degli Avvocati)⁵⁹.

8. *Qualche considerazione conclusiva*

L'ultima tappa dell'ampio processo qui trattato è rappresentata dalla 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).

Sotto questo profilo, quest'ultimo provvedimento tende a porre in essere delle tecniche finalizzate 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 applicabile⁶⁰, 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 vivaci critiche 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

⁵⁹ Esprime dubbi di compatibilità sulla compatibilità comunitaria dell'integrale rimessione all'autogoverno di categoria della previsione, dell'accertamento e dell'irrogazione delle sanzioni per illeciti disciplinari, A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella UE*, cit., 697

⁶⁰ Sul significativo contributo e sui (successivamente manifestati) relativi limiti del principio del mutuo riconoscimento, nella prospettiva del rafforzamento di altre istanze di coordinamento basate sulla *hard law* comunitaria, si veda il contributo di S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, in questo volume.

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.

Vale la pena di sottolineare il forte contributo fornito dal Parlamento europeo nell'elaborazione del testo, soprattutto ai fini dei miglioramenti che si riscontrano nella versione finale della direttiva.

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.

Un'ulteriore nota positiva – questa volta sul versante dell'ordinamento interno – è da ultimo rappresentata dalla recente approvazione della legge 7 luglio 2009, n. 88, recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2008”, che rappresenta – per il profilo che qui rileva – un seguito coerente con l'impostazione sopra ricostruita.

La scelta di procedere, nella fase di attuazione, ad una sorta di “spacchettamento” della direttiva ha infatti consentito al legislatore nazionale di distinguere tra disposizioni immediatamente applicative, ad esempio introdotte nelle modifiche del c.d. codice del consumo, e disposizioni di delega, finalizzate alla predisposizione di pregnanti principi e criteri direttivi (art. 41 della legge n. 88 del 2009), in grado di favorire un articolato “dialogo” tra Governo e Parlamento nella delicata fase di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi e alle direttive comunitarie.

Non sfugge quindi all'interprete come un significativo miglioramento del testo sembra essersi registrato proprio attraverso questo duplice recupero del ruolo delle Assemblee parlamentari – europee e nazionali – soprattutto in funzione di bilanciamento rispetto alle originarie tendenze. Ciononostante, ai fini dell'effettivo rendimento del processo riformatore molto dipenderà dai decreti legislativi di attuazione della delega, considerando le forti spinte restauratrici che si manifestano a più riprese in questa materia.