

*“In ogni momento della storia, non solo l’ideale morale,
ma il ‘tipo’ di cittadino fissato dal diritto pubblico
è superiore alla media degli uomini viventi in un determinato Stato.
Questo distacco diviene molto più pronunziato nei momenti di crisi (...)
la coercizione statale sugli individui aumenta,
aumenta la pressione e il controllo di una parte sul tutto
e del tutto su ogni suo componente molecolare”**

ANTONIO GRAMSCI
(7 marzo 1932)

* A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Einaudi, Torino, 1947, lettera n. 101.

INDICE

	<i>pag.</i>
Presentazione di Guido Alpa	XIII

CAPITOLO PRIMO

LA LIBERTÀ PROFESSIONALE NEL DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO

1. La libertà professionale “presa sul serio”	1
2. La libertà professionale nel <i>Grundgesetz</i>	6
3. <i>Berufsfreiheit</i> e libertà professionale: analogie e differenze	9
4. Libertà di scelta e libertà di esercizio della professione	10
5. Riserva di legge relativa e principio di “essenzialità” (<i>Wesentlichkeitstheorie</i>) nella devoluzione di poteri normativi in capo alle organizzazioni professionali. La teoria dei tre livelli (<i>Drei-Stufen-Theorie</i>) e lo scrutinio di proporzionalità	13
6. Restrizioni soggettive e restrizioni oggettive alla libertà professionale	15
7. La disciplina della pubblicità e dei compensi professionali tra immagine della professione (<i>Berufsbild</i>) e interessi pubblici meritevoli di tutela	17
8. Divieto di patto di quota lite e giudizio di valore proprio della libertà professionale; l’indipendenza dell’avvocato come interesse dell’assistito	19
9. Lavoro professionale e lavoro dipendente nella cultura giuridica italiana	24
10. La nozione ampia di lavoro nella Costituzione della Repubblica	28
11. La decisione politica fondamentale nella fondazione della Repubblica democratica sul lavoro; il lavoro “senza aggettivi”	31
12. Il lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”	38
13. La nozione costituzionale di professione	44
14. La delimitazione verso l’esterno della materia “professioni”: gli ambiti riservati alla legge statale in via esclusiva	49
15. Gli interessi pubblici tutelati dall’ordine professionale e la loro dimensione nazionale. L’ordine professionale come ente strumentale o come ente autonomo rappresentativo	53
16. Il decreto legislativo “ricognitivo” dei principi fondamentali in materia di professioni	60

	<i>pag.</i>
17. Lo spazio delle Regioni: le funzioni amministrative di sostegno	62
18. Autonomia e autogoverno delle categorie professionali nel quadro costituzionale italiano	63
19. La specialità costituzionale della professione forense	69

CAPITOLO SECONDO

CRISI ECONOMICA E DINAMICHE DELLA REGOLAZIONE PUBBLICA DEI MERCATI

1. Crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica: un'ipotesi interpretativa	75
2. Gli incentivi al fotovoltaico tra libertà di impresa e necessità di contenimento della spesa pubblica	79
3. Il caso Parmalat: l'intervento pubblico quale strumento di (tentata) interferenza in un processo di acquisizione del controllo di un'impresa quotata	85
4. Crisi economica ed intervento pubblico: il caso del settore creditizio	89
5. Liberalizzazioni e concertazione democratica	90
6. La questione del valore legale dei titoli di studio e l'accesso alle professioni	95
7. La crisi dei ceti professionali e l'assenza di tutele per le professioni	101
8. Prospettive evolutive: i dipendenti degli studi professionali e le liste di mobilità	103

CAPITOLO TERZO

LIBERALIZZAZIONE DELLE PROFESSIONI E CRISI ECONOMICA

1. Il discorso pubblico sulle professioni e la crisi	107
2. Il contesto internazionale. L'indipendenza della professione forense come "pietra angolare" della società democratica	111
3. La qualità della legislazione e le c.d. "norme bandiera" nel diritto dell'economia. L'opinione pubblica e "i mercati"	113
4. Le ipotesi di riforma delle professioni prospettate negli ultimi anni	123
5. Dalla riforma alle liberalizzazioni; norme scritte per i mercati, senza la consultazione degli operatori del settore	132
6. Le manovre dell'estate del 2011. La sfiducia verso l'autoregolazione delle categorie	135
7. L'accelerazione del processo di liberalizzazione: la legge di stabilità per il 2012 e l'introduzione della delegificazione	142
8. L'introduzione delle società professionali di capitale con il socio "di investimento"	144

pag.

- | | | |
|-----|--|-----|
| 9. | L'ulteriore accelerazione del processo di liberalizzazione nel decreto "Salva Italia". L'abnorme meccanismo abrogativo introdotto nel procedimento di delegificazione, e le sue problematiche implicazioni | 146 |
| 10. | Il decreto legge "Cresci Italia": l'obbligo di preventivo e il necessario accordo sul compenso | 150 |

CAPITOLO QUARTO

LA RIFORMA DEGLI ORDINAMENTI PROFESSIONALI
TRA TORSIONE AUTORITARIA
E LIBERTÀ PROFESSIONALE

- | | | |
|-----|---|-----|
| 1. | Il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137 e la relazione di accompagnamento | 159 |
| 2. | Il campo di applicazione oggettivo: una normativa per tutte le professioni regolamentate. Il deficit democratico | 162 |
| 3. | La torsione autoritaria: i pareri vincolanti del ministro vigilante. Gli ordini professionali da enti autonomi ad enti strumentali? | 165 |
| 4. | La definizione di professione regolamentata. La questione del riconoscimento delle "nuove professioni" | 169 |
| 5. | La questione delle attività riservate | 176 |
| 6. | Accesso negli albi professionali e necessaria limitazione dell'offerta nel mercato dei servizi professionali | 184 |
| 7. | La libertà professionale nel d.p.r. n. 137 del 2012: l'autonomia e l'indipendenza di giudizio come garanzia dell'applicazione della qualificazione professionale nell'effettuazione della prestazione | 188 |
| 8. | La libertà professionale come interesse della collettività | 190 |
| 9. | L'albo unico nazionale e l'annotazione delle sanzioni disciplinari nell'albo, tra riservatezza e pubblicità | 193 |
| 10. | La pubblicità del professionista. Dignità, decoro e libertà professionale collettiva nelle fonti europee conferenti | 198 |
| 11. | L'obbligo di assicurazione | 207 |
| 12. | Il tirocinio e la formazione permanente | 207 |
| 13. | Il procedimento disciplinare | 209 |

CAPITOLO QUINTO

LA LIBERA DETERMINAZIONE
DEL COMPENSO PROFESSIONALE:
DALLE TARIFFE AI PARAMETRI

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Il decreto legge "Cresci Italia": l'abrogazione delle tariffe e l'istituzione dei parametri | 213 |
|----|---|-----|

	<i>pag.</i>
2. Sistema tariffario e sistema parametrico: analogie e differenze	217
3. Sistema tariffario e diritto europeo della concorrenza	220
4. Sistema tariffario e qualità della prestazione nella giurisprudenza italiana di legittimità	232
5. Disciplina del compenso professionale e pluralità degli interessi pubblici rilevanti	236
6. La successione nel tempo del sistema parametrico al sistema tariffario; problemi applicativi ed interpretativi	241
7. Le criticità e i possibili vizi del d.m. n. 140 del 2012 recante i parametri	245

PRESENTAZIONE

Proprio nel momento in cui questo libro viene licenziato per la stampa, una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sembra confermare una delle linee interpretative che l'Autore propone: il formarsi di una idea (oltre che di una nozione tecnica) di libertà professionale nella cultura giuridica europea: essa postula l'autonomia e la indipendenza dell'avvocato dai poteri pubblici e privati e (perfino) dal cliente, come valori necessari ad una società democratica, presupposti per un pieno esercizio del diritto di difesa (Corte di giustizia, sez. VIII, 6 settembre 2012, in cause riunite C-422/11 P e C-423/11 P). La decisione concerne i "consulenti giuridici", professione ordinistica alla quale l'ordinamento polacco riconosce di poter rappresentare di fronte al giudice nazionale l'ente di appartenenza, anche se sono legati a questo da un rapporto di lavoro dipendente. La Corte esclude che tali soggetti possano assumere il patrocinio del proprio datore di lavoro di fronte ai giudici dell'Unione, perché privi di una sufficiente condizione di autonomia ed indipendenza; concedere il patrocinio contrasterebbe con la "concezione del ruolo dell'avvocato" propria delle tradizioni giuridiche comuni ai Paesi membri dell'Unione, e recepite dalle fonti comunitarie per cui "costui (l'avvocato, n.d.r.) è chiamato a collaborare con la giustizia e a fornire, in tutta indipendenza e nell'interesse superiore di quest'ultima, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno" (Corte di giustizia, cit., n. 17). Chi può ricevere istruzioni dal datore di lavoro ed è a questi legato da un vincolo giuridico di subordinazione non gode della libertà professionale nella misura in cui deve goderne un vero e proprio avvocato che, se non è libero – ci dice la Corte di giustizia – appunto avvocato non è.

La tutela della libertà professionale, come emerge dall'attenta indagine condotta in questo volume, trova conferme ulteriori nel diritto dell'Unione, sia nelle fonti derivate – basti pensare alla valorizzazione dell'autonomia deontologica nella direttiva servizi – sia soprattutto nelle fonti primarie, come emerge innanzitutto dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la norma che segna il definitivo superamento dell'originario orizzonte mercantile che, nei Trattati fondativi, aveva conformato il trattamento giuridico delle professioni fondandolo sulla libera prestazione di servizi e sulla libertà di stabilimento.

Il diritto costituzionale europeo, senza tradire il rilievo economico delle pro-

fessioni e la necessità di una effettiva libera concorrenza nel settore, colloca il diritto di scegliere ed esercitare una professione tra le libertà fondamentali dell'uomo (non solo del cittadino europeo), accanto alle libertà di pensiero, di coscienza e di religione, alle libertà di espressione e di informazione, al diritto alla sicurezza ed alla riservatezza, al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, alle libertà di riunione e di associazione, alle libertà delle arti e delle scienze. Siamo all'interno del nucleo portante delle tradizioni costituzionali comuni, pilastro dell'identità culturale europea, prima ancora che di quella giuridica.

In questo contesto, l'Autore conduce una esegesi metodologicamente rigorosa del diritto di libertà professionale muovendo dal rilievo della protezione contestuale della libertà professionale e del diritto di lavorare: il lavoro professionale assume così la valenza di espressione della personalità sociale dell'uomo, per riprendere una espressione di Costantino Mortati – che consente di tracciare un collegamento dialogico tra Carta dei diritti dell'Unione europea e Costituzione della Repubblica, edificando la costruzione dell'inquadramento giuridico delle attività professionali sulle solide basi del principio lavoristico posto a fondamento della Repubblica democratica. Condizione per dispiegare questa ipotesi interpretativa è il superamento degli orizzonti angusti nei quali alle volte la dottrina (in specie lavoristica) ha confinato la nozione costituzionale di lavoro, imprigionandola nel paradigma del rapporto di lavoro subordinato.

Di particolare interesse per il lettore italiano si rivela anche la comparazione con l'art. 12 del Grundgesetz: marcata si presenta la contaminazione tra la libertà professionale dell'art. 15 della Carta dei diritti e il paradigma valoriale che protegge la *Berufsfreiheit*. Non solo nella stessa denominazione della rubrica dei due articoli, ma anche, con tutta evidenza, alla luce della comune matrice culturale che accomuna in senso più ampio i due testi: si pensi alla proclamazione della inviolabilità della dignità umana al primo articolo della Carta, ed al divieto di lavori forzati all'articolo quinto, così vicino alla tutela costituzionale della *Menschenwürde* di cui alla Legge fondamentale. Proprio nel dibattito tedesco sulla *Berufsfreiheit* l'Autore rinviene le coordinate per una tematizzazione dei due profili riconosciuti nella libertà professionale: oltre infatti al profilo individualistico, l'esercizio delle attività professionali coinvolge il problema della libertà delle organizzazioni professionali, ed il difficile compito della ricerca di un ragionevole equilibrio tra interesse pubblico ed interesse collettivo. In questa ricostruzione diviene dunque centrale la figura soggettiva dell'ordine professionale, ben colta dall'Autore nella sua complessità di essere per un verso ente esponenziale e rappresentativo della comunità dei professionisti, per altro verso ente pubblico tenuto all'esercizio delle funzioni previste dalla legge. Una sofisticata elaborazione dell'ordinamento giuridico, che affonda le sue radici nell'esigenza di protezione e valorizzazione del ruolo dei corpi intermedi tra individuo e Stato, secondo una tradizione che origina nello Stato liberale (si pensi al dibattito sulla prima legge istitutiva dell'ordine forense nella giovane Italia appena unita, e alle belle pagine di F. Carrara) ma che trova nuova linfa nella Costitu-

zione della Repubblica, dove si innesta direttamente sull'impianto pluralista della forma di Stato democratica.

Delineato così il profilo della libertà costituzionale nel diritto costituzionale europeo (capitolo primo), l'A. passa ad interrogarsi sui processi di trasformazione in atto e sulle politiche normative più recenti, segnalando come la crisi economica costituisca un formidabile volano ed una straordinaria fonte di legittimazione delle riforme di segno più svariato (capitolo secondo). I tentativi di condizionare i programmi di aiuti ai Paesi europei in difficoltà all'adozione di politiche normative e di assetti di regolazione che limitino l'autonomia delle comunità professionali sono documentati con precisione (il caso irlandese), e l'A. affronta il tema della stagione delle liberalizzazioni avviate in Italia nell'estate del 2011 collocandole in un'analisi del più ampio movimento delle tendenze in atto nella regolazione giuridica dei mercati. La crisi sembra dunque aumentare significativamente il livello di discrezionalità del legislatore, tanto che consente di giustificare sia politiche di nuova e maggiore regolazione, sia viceversa politiche di liberalizzazione e *deregulation*. L'analisi documenta attraverso l'esposizione di singole specifiche vicende normative come l'emergenza estenda pericolosamente la discrezionalità politica, la "quota" di sovranità economica che ripassa dalla società e dall'economia allo Stato, dal basso verso l'alto, invertendo la direzione di un movimento evolutivo che ormai da tempo sembrava orientarsi in senso opposto, dall'alto verso il basso, cedendo lo Stato e la dimensione pubblica sempre più ampie quote di sovranità economica a vantaggio delle libertà degli operatori di mercato. Non fa eccezione la riforma delle professioni, condotta attraverso l'improprio strumento della delegificazione a partire dalla c.d. manovra di agosto del 2011 (il decreto legge 138 del 2011). Mentre la crisi colpisce duramente i ceti professionali, privi delle protezioni di welfare normalmente accordate al lavoro subordinato, e privi di qualsiasi politica di incentivazione riservata invece alle imprese, il discorso pubblico sulle professioni si avvita attorno ad una sorta di collettiva indignazione che colpisce i professionisti e i loro organismi rappresentativi, gli ordini professionali, accusati – paradossalmente – di essere tra gli artefici della crisi, invece che vittime (capitolo terzo). Le innovazioni normative del 2011 e del 2012 maturano all'interno di questo clima culturale, e possono essere spiegate solo alla luce di questo contesto, che – si badi – non è solo nazionale. Solo in questo modo possono essere comprese le finalità di comunicazione pubblica ed il linguaggio simbolico che il legislatore comincia ad assumere. Non è certo un fenomeno nuovo la frequente sovrapposizione tra un livello propriamente normativo, quello che attiene alla (più o meno corretta) regolazione dei rapporti economici, ed un livello comunicativo-simbolico, che attiene alla necessità per il decisore politico di giustificare le sue scelte e di comunicarle all'opinione pubblica.

Tuttavia, segnala l'A., il fenomeno è aggravato dalla crisi, e nel contempo si assiste ad uno scadimento sconcertante della qualità della legislazione, sempre più preoccupata di dare segnali simbolici all'opinione pubblica; sembra di esse-

re costretti a vivere in una realtà dai contorni di più difficile decifrazione, quella anonima (o liquida?) dei “mercati”, che attende ancora una analisi ed una ricostruzione teorica soddisfacente. Non vi è nulla di simile a quella che giuristi e sociologi hanno dedicato da tempo alla *Öffentlichkeit*. Ecco che compaiono allora sulla scena quelle che l’A. propone di definire “norme bandiera”: si tratta di previsioni dove le esigenze comunicative assorbono la quasi totalità degli intenti del legislatore, e deprimono la effettiva capacità della norma di dare risposte alle esigenze concrete che dovrebbe disciplinare, e di contribuire alla costruzione di sistemi di interpretazione complessiva di figure ed istituti. Fenomeno ancor più grave sul terreno del diritto dell’economia, dove spesso il tasso di complessità dei temi affrontati richiederebbe una regolazione ben più attenta alla qualità delle norme. La stagione delle riforme comincia così con disposizioni che Massimo Luciani ha definito un assoluto “ovvioma”: “l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere, ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge” (art. 3, comma 1, d.l. n. 138 del 2011). Solo queste continue esigenze di inseguire i mercati e di costruire la narrazione di un Paese alle prese con il cantiere aperto delle liberalizzazioni spiegano il susseguirsi affannoso di novelle legislative che intervengono spesso prima che le norme novellate entrino in vigore. Un legislatore che insegue sé stesso, e che cambia i connotati del quadro giuridico appena pochi giorni dopo averlo delineato, e prima che le norme abbiano potuto produrre effetti. Basti pensare alla norma chiave del processo di liberalizzazione delle professioni, l’art. 3, comma 5 del d.l. n. 138 del 2011, che subisce nell’arco di 6 mesi un numero altissimo di modificazioni. La riforma delle professioni di cui si discute da decenni diviene allora la “liberalizzazione delle professioni”, e subisce una formidabile accelerazione incentrata su di un assoluto protagonismo dell’esecutivo. Si perdono così le problematiche di fondo affiorate negli anni di un dibattito che l’A. ricostruisce nel terzo capitolo, e che, seppur insufficiente a generare effettive innovazioni, se non in casi limitati, e con prospettive parziali, aveva tuttavia avuto il merito di far affiorare i nodi critici del problema, nodi che restano tutti irrisolti: si pensi ad esempio alla questione delle “nuove professioni” che reclamano un riconoscimento pubblico, ed alla necessità di stabilire una ragionevole linea di confine tra queste e le professioni ordinarie, a garanzia della trasparenza del mercato e dell’offerta di servizi professionali al pubblico.

La riforma viene dunque attuata attraverso una delegificazione dai contorni assai dubbi sotto il profilo costituzionale, senza forme partecipative e senza neppure una consultazione dei rappresentanti delle professioni, ed anzi alla luce di una sostanziale diffidenza nutrita dagli apparati pubblici nei loro confronti. Diffidenza che si traduce – racconta l’A. nel quarto capitolo – in un ordito normativo (il d.p.r. n. 137 del 2012) segnato da una torsione autoritaria dei rapporti tra ordini e Ministero vigilante: tutti gli spazi di autonomia normativa lasciati alle categorie sono occupati da ingombranti “pareri vincolanti” del Ministero vigilante, secondo una logica che finisce per curvare la posizione ordinamentale

degli ordini professionali verso il lido della natura strumentale e servente rispetto all'Amministrazione centrale vigilante, abbandonando o rischiando di abbandonare l'originaria conformazione in enti autonomi e rappresentativi. Conformazione che però rivela, secondo la condivisibile prospettiva dell'A., solide radici costituzionali.

Del pari deve dirsi per il superamento del sistema tariffario e l'approdo al sistema parametrico per ciò che concerne la determinazione del compenso del professionista (capitolo quinto). Anche in questo caso una innovazione dalla forte portata simbolica, che presenta però molte aporie che la dottrina ha puntualmente provveduto a segnalare, e che prevede la totale pretermissione delle categorie professionali, nonostante il fatto che la giurisprudenza comunitaria abbia da tempo chiarito come i Trattati non ostino alla consultazione degli ordini professionali nel procedimento di determinazione dei compensi professionali.

Nonostante le criticità rilevate, l'assetto normativo che si ricava dalla descritta stagione di riforme presenta anche qualche luce, oltre alle molte ombre: l'A. segnala in particolare il comma 2 dell'art. 2, d.p.r. cit., come la previsione più vicina al paradigma valoriale della libertà professionale: "L'esercizio della professione è libero e fondato sull'autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico". Chi richiede la prestazione professionale, sia esso un cliente che paga la parcella di un avvocato, o un'azienda che richiede un progetto ad un ingegnere suo dipendente, ha il diritto di ricevere una certa prestazione, ma non quello di imporre una soluzione tecnica al professionista piuttosto che un'altra. I concetti di autonomia e indipendenza incorporano il valore specifico delle professioni intellettuali; il loro collegamento al "giudizio" sembra circoscriverle, ma è solo una questione di interpretazione. Queste categorie sono dirette ad ordinare appunto attività poste in essere da un soggetto dotato di una particolare qualificazione professionale riassumibile nella possibilità di spendita di un titolo professionale, ma accanto a tale qualificazione spicca un'altra decisiva caratteristica: il professionista è quel soggetto che applica il proprio bagaglio culturale e tecnico al lavoro svolto conservando sempre la libertà – di scelta, di strategia, e anche di giudizio nelle materie trattate, e senza condizionamenti esterni, financo provenissero dal cliente. In questa prospettiva, a ben vedere indipendenza ed autonomia sono oggetto di un preciso dovere giuridico del professionista, oltre che del diritto di libertà professionale (capitolo quarto, paragrafo ottavo). Che il professionista eserciti liberamente la propria attività è anche interesse del cliente – anche se questi a volte può non avvedersene – perché è il modo tecnicamente ed intellettualmente migliore per svolgere la professione. Se la prestazione non è libera, il professionista rischia di non applicare l'intero suo bagaglio di cultura professionale e di esperienza, ma di fatto si fa condizionare da pressioni esterne che alterano la formazione del giudizio intellettuale nel quale riposa il plusvalore professionale.

Nel caso della professione forense l'indipendenza postulata dalla sua connes-

sione al diritto di difesa, e diviene il presupposto della libera interpretazione del diritto, strumento prezioso ed irrinunciabile di evoluzione dell'ordinamento giuridico. In questi casi l'autonomia e l'indipendenza devono necessariamente espandersi oltre l'orizzonte intellettuale e la sfera del giudizio, per coinvolgere anche le modalità organizzative di svolgimento dell'attività, e la cornice giuridica nelle quali si svolgono. E l'A., che ben conosce queste problematiche, non poteva mancare di sottolineare la specialità costituzionale della professione forense (come si sottolinea in modo persuasivo nel capitolo primo, per dare la direttrice all'intera ricerca). La fotografia scelta per la copertina di questo volume ha una particolare forza evocativa: è stata scattata a Tunisi nel gennaio del 2011, durante la Primavera araba. Si possono cogliere avvocati in toga che manifestano insieme agli altri cittadini, ma con un ruolo particolare, sembra di poter dire, e si vede una collega che brandisce coraggiosamente la bandiera del proprio Paese. Difendere le libertà e i diritti contro l'autorità oppressiva implica dunque anche coraggio delle idee e coraggio nell'azione. Al valore scientifico si somma, in questo libro, un forte messaggio etico:

la libertà e l'indipendenza del professionista, e in particolare dell'avvocato, sono fattori essenziali di ogni società democratica e contribuiscono alla sua stabilità e al suo sviluppo.

GUIDO ALPA

Roma, ottobre 2012.