

La liberalizzazione delle professioni intellettuali, tra Corte di Giustizia e Corti nazionali

Oggetto di questo scritto sono le difficoltà di un corretto contemperamento tra la tutela dei diritti fondamentali e la tutela della concorrenza nel dialogo fra la Corte cassazione e la Corte costituzionale da una parte e le Corte di Giustizia dell'Unione europea dall'altra, nel processo di liberalizzazione delle professioni intellettuali.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), tradizionalmente deputata alla tutela del mercato, e Corti Supreme nazionali, più propense ad avere particolare cura del rispetto dei diritti fondamentali, hanno avuto senz'altro negli ultimi anni un forte processo di "avvicinamento".

Per quanto riguarda, infatti, la CGUE, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [c.d. Carta di Nizza]... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*", e quindi i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte dei valori che la CGUE è tenuta a far rispettare. Tuttavia non si può dimenticare che i diritti fondamentali erano stati in precedenza trascurati (per non dire "dimenticati") dall'Unione europea, che, quando era ancora semplicemente "Comunità economica europea" rivolgeva i suoi sforzi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica, trascurando altri aspetti, quali da un lato un tentativo di creare una reale unione politica e dall'altro uno sforzo di imporre a tutti gli Stati membri il rispetto dei diritti fondamentali. Solo di recente si è acquisita pienamente la consapevolezza che una Unione dell'Europa effettiva si può realizzare esclusivamente attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fondamentali, e ciò tra l'altro anche al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. Appare, infatti, chiaro solo da poco il definitivo superamento della concezione iniziale dell'Unione europea, attenta solo ad una integrazione economica e a far valere il principio di libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

Per quanto riguarda, invece, Cassazione e Corte costituzionale, esse hanno negli ultimi anni finalmente pienamente metabolizzato e fatti propri i valori della concorrenza e del mercato (si pensi che solo con legge n. 287 del 1990 è stata introdotta una disciplina *antitrust* nazionale e che solo con la riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 è stata

inserita all'art. 117, c. 2, la parola "concorrenza"; che la Cassazione a sezioni unite con la sentenza n. 2007 del 2005 ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale e che la Corte costituzionale con numerose sentenze – da ultimo la n. 178 del 2014 – ha ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche, ivi comprese le professioni intellettuali, alla materia «tutela della concorrenza»).

D'altro canto, le nostre Corti nazionali hanno sempre avuto ben viva e presente la tutela dei diritti fondamentali (anche se essa ha sicuramente avuto negli ultimi tempi un forte impulso ad opera da un lato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha avuto una "promozione" nella gerarchia delle fonti a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 della Consulta, e dall'altro della Carta di Nizza), in quanto la nostra Costituzione del 1948 nasce *in primis* a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), a seguito degli orrori della seconda guerra mondiale e dunque proprio come reazione alla violazione sistematica dei diritti fondamentali che avvenne in quel periodo.

Parimenti, è ormai da tempo acquisita alla nostra cultura giuridica la c.d. teoria dei controlimiti, che risale alla sentenza della Consulta n. 170 del 1984 che pone al vertice del nostro ordinamento i diritti fondamentali, i quali prevalgono sul diritto dell'Unione europea anche se tale prevalenza, per ragioni di "galateo internazionale" (cfr. sentenza n. 238 del 2014 che, nell'affermare la giurisdizione del giudice italiano in caso di crimini contro l'umanità anche se commessi da uno Stato sovrano, nella specie la Germania nazista, afferma che occorre tenere conto della prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente limitazioni di sovranità), non viene esplicitata in motivazione, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010, che ha sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito la fusione tra Alitalia e Air One, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale.

Tale principio è stato ribadito da ultimo proprio dalla citata sentenza n. 238 del 2014, secondo la quale i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione ed operano quali "controlimiti" all'ingresso

delle norme dell'Unione europea.

Certamente la CGUE e le nostre Corti nazionali, nascendo con funzioni e finalità profondamente distinte, tendono tuttora a muoversi secondo prospettive diverse, in ragione della loro storia, tradizione e formazione culturale, per certi versi opposta.

Nelle nostre Corti nazionali è, infatti, ancora saldamente al centro delle tutele l'uomo, la persona umana, mentre nella filosofia della CGUE riveste tuttora posizione preminente il corretto funzionamento del mercato, anche se nella raggiunta consapevolezza che esso altro non è che un luogo ove agiscono persone umane.

Tuttavia, il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali e la diversità "culturali" tra CGUE e Corti nazionali non sempre costituiscono un problema, e anzi talvolta marcano di pari passo e hanno permesso una reciproca e proficua crescita nei rispettivi ambiti di tutela. Così, ad esempio, in un caso riguardante specificamente l'Italia, la Corte di Giustizia ha evidenziato lo stretto collegamento tra il corretto funzionamento del mercato e dei meccanismi concorrenziali e la possibilità per i cittadini di usufruire di libertà fondamentali, quale quella al pluralismo dell'informazione (Corte Giustizia CE, 31 gennaio 2008, Causa C-380/05).

Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente; non si tratta di due compartimenti stagni, di due dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona. In effetti, la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle "formazioni sociali" in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo.

Nel campo della "liberalizzazione" delle professioni intellettuali, il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali, alla luce della giurisprudenza della CGUE e delle Corti nazionali, appare molto più

problematico.

Già la disciplina legislativa italiana è profondamente diversa rispetto a quella dell'Unione europea. In Italia il professionista intellettuale gode di una disciplina *ad hoc* (artt. 2229 c.c. ss.) - ben distinta da quella dell'imprenditore (artt. 2082 c.c. ss.) - basata sul principio della personalità della prestazione, sulla sua non fallibilità, sull'assenza di un obbligo di iscrizione nel registro delle imprese e di tenuta delle scritture contabili, su di una giurisprudenza che pone l'onere della prova della non diligenza sul cliente. Eppure non vi è una differenza "ontologica" fra l'attività dell'imprenditore in senso stretto e quella del professionista intellettuale: si pensi, infatti, all'ipotesi in cui la prestazione intellettuale sia fornita mediante un soggetto (ad esempio il proprietario di una clinica privata) che stipendia e organizza l'attività di professionisti intellettuali (ad esempio i medici che lavorano nella clinica): questi rimane pur sempre un imprenditore; ancora, il farmacista titolare di una farmacia riveste allo stesso tempo il ruolo del professionista intellettuale e dell'imprenditore. La ragione di una disciplina nettamente differenziata, nel codice civile del 1942, del professionista intellettuale rispetto all'imprenditore deve, invece, ricercarsi in una condizione di privilegio che la nostra legge concede – sulla base di un'antica tradizione che risale al Medio Evo e alla nascita delle corporazioni – a coloro che esercitano le cosiddette professioni intellettuali.

Nell'Unione europea, invece, il professionista intellettuale è assimilato all'imprenditore, tanto che l'art. 3 del codice del consumo, che recepisce una direttiva comunitaria, unifica le due figure nell'unica definizione di professionista, che è colui che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale. Nella concezione più pragmatica, di origine anglosassone, dell'Unione europea, professionista intellettuale e imprenditore vanno assimilati perché sono entrambi due soggetti che vendono beni o servizi sul mercato a fini di lucro e come tali vanno assoggettati, in condizioni di parità, alle stesse regole di concorrenza (di cui la legge antitrust da un punto di vista macroeconomico e il codice del consumo dal punto di vista microeconomico costituiscono l'espressione più importante).

Fatta questa premessa, la parola "liberalizzazione" nel nostro ordinamento va intesa non come una semplice e brutale abolizione di norme (c.d. deregulation) ma "*come razionalizzazione della regolazione*" e "*costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di 'ri-regolazione' tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e*

permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale" (sentenza n. 178 del 2014).

Le liberalizzazioni consentono altresì di permettere l'esercizio di un diritto, quello dell'individuo di esplicitare la propria personalità mediante l'esercizio di un'attività lavorativa (cfr. artt. 1, 2, 4 e 35 Cost.), che, a differenza di quello alla libertà del diritto di iniziativa economica – che presuppone l'interferenza dell'attività economica con altri valori costituzionali e che quindi è suscettibile di limitazioni anche significative – non può che essere considerato fondamentale. Tale diritto, nel quadro della nostra Costituzione, non può però che essere bilanciato con quello della collettività ad avere a che fare con professionisti preparati, principio a sua volta spesso posto a protezione di diritti fondamentali (così, ad esempio, nel caso dell'avvocato a tutela del diritto di difesa e nel caso del farmacista a tutela del diritto alla salute).

Qui di seguito però propongo due esempi – riguardanti proprio il primo l'avvocato e il secondo il farmacista – in cui questo bilanciamento non appare effettuato con equilibrio e in cui le nostre Corti nazionali sembrano seguire pedissequamente la CGUE.

Così, secondo le Sez. un. della Corte di cassazione (sent. n. 28340 del 2011), in base alla normativa comunitaria concernente il reciproco riconoscimento dei titoli abilitanti all'esercizio di una professione, il soggetto munito di un titolo equivalente a quello di avvocato conseguito in un Paese membro dell'Unione europea dove non sia previsto l'esame di abilitazione (nella specie, la Spagna), qualora voglia esercitare la professione in Italia, ha diritto ad essere iscritto in un albo italiano con il titolo di avvocato, senza necessità di sostenere alcuna prova attitudinale, e ciò in ragione del richiamo al principio della libertà di stabilimento e alla sentenza della Corte di Giustizia 22 dicembre 2010, C-118/09, e 29 gennaio 2009, C-311/06).

È evidente che con questa decisione, la Cassazione, adeguandosi passivamente a quanto deciso dalla CGUE, non ha ritenuto (o ha dimenticato) che il principio costituzionale, espresso dal 5° comma dell'art. 33 Cost., secondo cui *“è prescritto un esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale”* è posto a tutela del diritto di difesa del cittadino *ex art. 24 Cost.*, e quindi, assumendo dignità di

principio fondamentale, dovrebbe prevalere rispetto ai principi di libera concorrenza e libertà di stabilimento dei lavoratori.

Venendo all'esempio del farmacista, una pronuncia del 2013 della CGUE (5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12), per certi versi di segno opposto rispetto a quella riguardante l'avvocato (perché nel caso del farmacista il diritto fondamentale alla salute prevale sulla concorrenza mentre nel caso dell'avvocato la concorrenza aveva la meglio sul diritto di difesa) ma che lascia ugualmente delle perplessità (perché entrambe le fattispecie probabilmente avrebbero dovuto essere decise in maniera opposta alla luce di un più equilibrato e meno frettoloso bilanciamento di interessi), ha riconosciuto la legittimità della disciplina normativa italiana che impone un numero chiuso alle farmacie. Secondo la CGUE, la concorrenza eccessiva porterebbe il rischio di una diminuzione della qualità dei farmaci e una fuga dei farmacisti dalle zone meno redditizie.

La CGUE non tiene però nel dovuto conto che la disciplina italiana già si era posta questi problemi, dettando per legge sia il prezzo dei farmaci soggetti a prescrizione medica e sia una severa disciplina riguardante la necessaria apertura delle c.d. farmacie rurali. Pertanto, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con i diritti fondamentali o dal doversi intendere come *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 231 del 2014 (est. Mattarella), riprendendo e citando in gran parte le motivazioni della CGUE, ha dichiarato non fondata la questione relativa all'art. 5, c. 1, del D.L. n. 223 del 2006 nella parte in cui non consente alle parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C (farmaci utilizzati per patologie di lieve entità) soggetti a prescrizione medica. Aggiunge la Consulta – pur ammettendo che sia il farmacista che il parafarmacista sono due professionisti iscritti all'albo – che fra farmacia e parafarmacia *“permangono una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza. Si tratta di prendere atto che la totale liberalizzazione della vendita dei farmaci di fascia C verrebbe affidata ad esercizi commerciali che lo stesso legislatore ha voluto assoggettare ad una quantità meno intensa di vincoli e adempimenti. Né può giungersi a diversa conclusione invocando l'art. 41 Cost. e il principio di tutela della concorrenza. A questo riguardo va rilevato che il regime delle farmacie è incluso nella materia della «tutela*

della salute»: l'incondizionata liberalizzazione di quella categoria di farmaci inciderebbe sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali non essendo inserite in un sistema di pianificazione, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini”.

Si ritiene, invece, che il diritto di iniziativa economica, ma prima di tutto il diritto al lavoro del farmacista iscritto all'albo ma non titolare di farmacia, sia irragionevolmente sacrificato e mortificato dall'esistenza di un numero chiuso (la c.d. pianta organica) che non sembra trovare altra giustificazione se non l'interesse dei titolari di farmacia al mantenimento di una posizione di oligopolio, a danno del diritto alla salute dell'intera collettività, che non può che essere danneggiata dagli alti prezzi dei farmaci e in genere da una minore scelta del professionista-farmacista a cui affidarsi per l'acquisto di un farmaco. Le esigenze di tutela della salute si fermano, infatti, alle esigenze – già garantite dalla legge e che una liberalizzazione delle farmacie non toccherebbe – che non si addivenga ad una concorrenza sul prezzo dei farmaci e che la possibilità di reperire agevolmente i farmaci sia adeguatamente assicurata su tutto il territorio nazionale.

Il paradosso è che mentre l'avvocato che non abbia sostenuto l'esame di abilitazione può esercitare liberamente la propria professione, il farmacista che non possieda la licenza amministrativa per aprire una farmacia non può svolgere l'attività – imprenditoriale e professionale allo stesso tempo – di farmacista, pur avendo sostenuto l'esame di abilitazione e pur essendo regolarmente iscritto all'albo.

Si ritiene, dunque, che il legame tra CGUE da un lato e Corte di cassazione e Corte costituzionale dall'altro, debba sempre svolgersi nella piena consapevolezza del patrimonio culturale e giuridico acquisito faticosamente negli anni dalle nostre Corti nazionali, evitando un'acritica soggezione alle decisioni dei giudici europei, ma mirando ad un rapporto alla pari e quindi non a senso unico, che imporrebbe sempre un'attenta ed equilibrata analisi delle sentenze della CGUE. Solo così il dialogo fra le Corti potrà essere davvero realmente proficuo e condurre ad un reciproco arricchimento.

Lorenzo Delli Priscoli