

Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*

Maria Teresa Carinci

1. Una premessa: il campo di indagine. Il concetto di “attività professionale” e di “professionista intellettuale”. 164
2. Attività regolamentate e rappresentanza degli interessi. La difficile linea di confine fra interessi rappresentati dagli Ordini professionali e interessi rappresentati dalle organizzazioni sindacali propriamente intese. 165
3. Il principio di libera concorrenza nel campo delle professioni ed i suoi riflessi sulla rappresentanza. 169
4. Principio di libera concorrenza e contrattazione collettiva: una diversa linea di confine per i professionisti subordinati, autonomi, parasubordinati. 174
5. Attività professionali rese in regime di parasubordinazione, forme di rappresentanza e contenuti della contrattazione. La difficoltà di predire il futuro. 179
6. Liberi professionisti e strumenti di autotutela. Natura e contenuti del diritto di astensione per fini di protesta o rivendicazione di categoria. 181
7. Il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990: gli Ordini professionali sono titolari della facoltà di proclamare l’astensione collettiva e sono soggetti a sanzioni? 187

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 69/2008

1. Una premessa: il campo di indagine. Il concetto di “attività professionale” e di “professionista intellettuale”.

Oggetto del presente contributo è l'esame dei profili collettivi della rappresentanza e della tutela dei lavoratori nell'ambito delle libere professioni. Vorrei in particolare verificare se in prospettiva – e alla luce delle recenti riforme, già attuate ed *in itinere* – sia possibile prevedere l'ampliarsi, il diffondersi, il modificarsi delle forme di rappresentanza collettiva dei liberi professionisti e se si prospettino ricadute sugli strumenti di autotutela.

Presterò attenzione ai profili collettivi così per l'area del lavoro autonomo, cui è più specificamente dedicato il nostro convegno (intitolato appunto: “Lavoro autonomo e riforma delle professioni”), come per l'area del lavoro subordinato.

Le “professioni” o “attività professionali” in quanto tali – o come si esprime l'art. 2229 c.c. le “professioni intellettuali” – non sono infatti identificate dalla tipologia contrattuale – di lavoro autonomo o di lavoro subordinato - in virtù della quale le “prestazioni intellettuali” che sono loro proprie e le caratterizzano vengono rese⁵⁵⁸.

Anzi, tali prestazioni – come ogni altra attività umana, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza⁵⁵⁹ – possono essere dedotte sia in un contratto di lavoro autonomo sia in un contratto di lavoro subordinato⁵⁶⁰ (si pensi per fare due esempi alle prestazioni del medico dipendente di una casa di cura privata o del giornalista lavoratore subordinato di un'azienda editoriale).

Secondo l'opinione preferibile e maggioritaria in dottrina⁵⁶¹, infatti, il criterio in base al quale identificare le “prestazioni intellettuali” - e con esse la figura del “professionista intellettuale”, sia esso poi lavoratore autonomo e subordinato⁵⁶² - è un criterio sostanziale legato ad alcuni intrinseci attributi o caratteri propri della prestazione in quanto tale.

Fra questi caratteri spicca quello della intellettualità, “intesa come proiezione sul piano della attività del libero pensiero scientifico del soggetto agente”⁵⁶³.

Un sapere specialistico che fa poi sì che l'attività resa venga connotata dagli ulteriori elementi della discrezionalità e della liberalità – da intendersi come scelta tecnica dei migliori mezzi da

⁵⁵⁸ Di diversa opinione A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, pag. 6 che però poi deve considerare come assolutamente eccezionale il caso della professione giornalistica (v. nota 6).

⁵⁵⁹ Fra le molte, da ultimo, Cass. 15 gennaio 2007, n. 730 e Cass. 11 maggio 2005, n. 9894, in *Juris data on line - banca dati*, Milano.

⁵⁶⁰ Cfr. PG. PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, 1987, pag. 1048.

⁵⁶¹ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Milano, 1996, pag. 378.

⁵⁶² Per questa corrispondenza fra concetto di libera professione, di professionista intellettuale e i caratteri dell'attività lavorativa dedotta in contratto cfr. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., pag. 3 secondo il quale: “La libera professione è caratterizzata dalla capacità giuridica dei soggetti che la esercitano, di porre in essere contratti di prestazione d'opera professionale, contratti dei quali l'attività lavorativa del professionista costituisce il contenuto”.

⁵⁶³ Precisa poi A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 380 con riferimento al contratto di lavoro autonomo avente ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.) che per individuare la fattispecie non ha senso porsi un problema di misura dell'intellettualità *versus* manualità, ma che “l'intellettualità è piuttosto da valorizzare, sul piano della fattispecie, non già come un aspetto meramente interno al soggetto agente e preliminare rispetto all'*opus* offerto, bensì quale componente che si sostanzia estrinsecandosi direttamente nel servizio fornito al cliente, sia esso un *opus* materiale (ad es. un progetto di ingegneria, una protesi approntata da un odontoiatra, un atto difensivo ecc.) o meno (come il prodotto immateriale di una attività o il risultato intangibile – ma altrimenti apprezzabile in quanto appartenente al reale – di una terapia medica efficace)”.

utilizzare ed in alcuni casi anche dei fini dell'attività (la scelta del "che fare?" in quella data circostanza) – per la soddisfazione di esigenze di altri consociati⁵⁶⁴.

Dunque – riguardando il problema sotto il profilo del soggetto che rende l'attività – è il sapere tecnico, scientifico, specialistico posseduto dal soggetto agente che vale a caratterizzarlo come professionista intellettuale.

Un sapere specialistico alla cui formazione, al cui consolidamento e alla cui individualizzazione rispetto ad altri saperi - frutto del portato storico (per le professioni più tradizionali, medico avvocato, notaio ecc.) e dell'evoluzione sociale (per quelle più recenti, dagli psicologi ai *broker*, dai consulenti di impresa ai mediatori ecc.) - contribuisce in maniera notevole lo stesso gruppo sociale interessato dimostrando – come altri ha sottolineato – "l'efficacia (pratica) della professione rispetto ai bisogni della collettività unitamente alla dimostrazione (teorica) della legittimazione scientifica della disciplina sulla quale la professione si fonda"⁵⁶⁵.

È invece per lo più respinto⁵⁶⁶ in dottrina il criterio meramente⁵⁶⁷ formale che identifica il concetto di "attività professionale" – e con essa di "professionista intellettuale" – unicamente sulla base dell'esistenza di una modalità organizzativa di stampo pubblicistico dell'attività tramite l'entificazione del gruppo professionale e il suo riconoscimento come componente (autonoma e indipendente) dell'apparato statale⁵⁶⁸.

Questa impostazione – generalmente condivisa – porta ad includere nel concetto di attività professionali tanto le attività soggette ad un ordinamento giuridico particolare pubblicistico – le cd. attività regolamentate – quanto quelle totalmente libere – le c.d. attività non regolamentate.

È tuttavia con particolare riferimento alle prime che il discorso – per quanto qui interessa - deve essere approfondito.

2. Attività regolamentate e rappresentanza degli interessi. La difficile linea di confine fra interessi rappresentati dagli Ordini professionali e interessi rappresentati dalle organizzazioni sindacali propriamente intese.

Nessuno dubita in generale con riguardo al campo delle professioni intellettuali - ed anche con riferimento specifico alle cd. attività regolamentate⁵⁶⁹ - della operatività dell'art. 39 Cost. (come

⁵⁶⁴ Ancora A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, pag. 380.

⁵⁶⁵ Cfr. ancora A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, pag. 359.

⁵⁶⁶ Che il criterio soggettivo non possa essere utilizzato per qualificare l'attività professionale si deduce anche dalle norme del codice civile (artt. 2229, 1 comma, c.c. e 2231, 1 comma, c.c.) che denotano chiaramente come oggetto del contratto (di lavoro autonomo) possa essere anche una attività professionale per l'espletamento della quale non sia richiesta l'iscrizione del professionista a nessun albo o elenco.

⁵⁶⁷ Osserva comunque A. CATELANI, *Gli ordini e collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., pag. 30 e nota 30 che ove esistano organizzazioni professionali deve considerarsi risolto ogni problema di individuazione di una libera professione.

⁵⁶⁸ Per quest'ordine di idee cfr. B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Vol. I, Milano, 1967, pag. 211 ss; P.G. PISCIONE, *op. cit.* pag. 1048, secondo il quale il termine "professione" "va riservato a colui che svolge un'attività di particolare rilevanza pubblica tale che la legge imponga per l'esercizio di essa l'iscrizione ad appositi albi o elenchi tenuti dal relativo ente professionale".

⁵⁶⁹ Per tali intendendosi qui quelle organizzate in ordini. Individua quattro principali "tipi di professioni" o – secondo l'impostazione qui accolta – modelli regolativi G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, pag. 1166 s.) 1) le professioni non regolamentate; 2) le professioni riconosciute "per le quali,

dell'art. 18 Cost.) e dunque della possibilità per i professionisti intellettuali di costituire organizzazioni sindacali (ed in senso più ampio, associazioni *tout court*) a tutela dei loro interessi di categoria⁵⁷⁰.

Ed, anzi, in concreto si danno molteplici esempi in quest'ambito di organizzazioni sindacali (si pensi ai sindacati dei giornalisti, la Federazione nazionale della stampa⁵⁷¹) e di associazioni (si pensi alle organizzazioni sindacali ed alle associazioni nell'ambito della avvocatura quali l'Associazione nazionale forense o le Camere penali, le Camere civili e le relative Unioni, ancora l'Associazione italiana giovani avvocati⁵⁷²) rappresentative degli interessi degli aderenti.

La questione non è, dunque, la legittimità delle organizzazioni sindacali (e delle associazioni) - la conformità, cioè, all'ordinamento della loro costituzione e della loro azione -, ma piuttosto quali siano i loro spazi operativi a fronte della presenza nello stesso ambito degli Ordini professionali.

A prima vista la risposta potrebbe sembrare semplice.

Gli Ordini, infatti, sono enti pubblici, dotati di personalità giuridica di diritto pubblico, ad appartenenza obbligatoria (nel senso che il singolo che voglia esercitare l'attività professionale è tenuto ad iscriversi all'apposito albo, con il che entra necessariamente a far parte del gruppo professionale), provvisti di poteri pubblicistici (in particolare quelli concernenti la tenuta dell'albo e quelli disciplinari) e come tali deputati a perseguire l'interesse pubblico legislativamente posto.

Al contrario le organizzazioni sindacali sono soggetti privati, a partecipazione volontaria, volti a perseguire, per il tramite dei tipici strumenti sindacali – contratto collettivo e sciopero - un interesse privato liberamente scelto.

Dunque, in via di prima approssimazione, sembra emergere una linea netta di demarcazione fra i campi di azione di Ordini e sindacati, segnata dalla diversa natura degli interessi rappresentati.

Questa linea di demarcazione, però, subito si confonde e si offusca se si pone mente non alla qualificazione giuridica - pubblica o privata - degli interessi rappresentati, ma alla loro estensione e al centro di riferimento che li esprime.

oltre alle norme di diritto comune, vigono alcune norme speciali, in parte inerenti l'attività, in sé e per sé considerata, in parte inerenti ai soggetti che la espletano, vuoi perché differenziati come i revisori dei conti, vuoi perché sottoposti anche ad altri regimi giuridici o ad apposite deroghe, per esempio in quanto dipendenti di pubbliche amministrazioni"; 3) le professioni regolate - per così dire - in tono minore, che presentano "speciali garanzie per coloro che la espletano, consistenti nell'attribuzione del monopolio legale dell'attività, e per coloro che si avvalgono del loro ausilio. Le organizzazioni professionali ad appartenenza obbligatoria esercitano infatti sia un vaglio all'entrata, sia un controllo successivo circa la permanenza dei requisiti deontologici"; 4) le professioni regolamentate in modo pieno, cioè quelle che non solo sono ad appartenenza obbligatoria, ma sono rette "da un corpo organizzato che esercita potestà normative e giurisdizionali sugli iscritti".

⁵⁷⁰ Cfr. pur con diversi punti di vista C. LEGA, *La coesistenza di ordini e sindacati professionali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1960, I, pag. 12 ss.; R. FLAMMIA, *Organizzazione delle professioni e tutela sindacale*, in *Dir. Lav.*, 1969, I, pag. 3 ss.; A. CATELANI, *Gli ordini e collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 207 ss.; P.G. PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle)*, cit., pag. 1055; A. PERULLI, *Lavoro autonomo*, cit., pag. 389 e nota 150.

⁵⁷¹ Cfr. F. SANTONI, voce *Giornalisti II) Lavoro giornalistico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XV, 1988, pag. 6.

⁵⁷² Per un panorama sulle associazioni forensi si v. R. DANOVI, *Ordinamento forense e deontologia. Manuale breve*, Milano, 2006, pag. 12 s.

Infatti le ascendenze storiche degli Ordini⁵⁷³ che si sono poi tradotte in caratteristiche strutturali⁵⁷⁴, l'autonomia loro riconosciuta (in particolare in tema di regole deontologiche), hanno avuto inevitabili ripercussioni nell'individuazione dell'interesse pubblico affidato alle loro cure.

Se infatti in via di principio non si dubita che compito degli Ordini sia garantire il corretto esercizio della professione nell'interesse del cittadino-utente e nell'interesse della collettività nel suo insieme (con funzioni dunque di disciplina e controllo a presidio dell'affidamento degli utenti in merito alla preparazione tecnica, alle attitudini, alle capacità dei professionisti) da più parti si sottolinea come ad esso si affianchi – variamente combinandosi con il primo⁵⁷⁵ – l'interesse del gruppo in quanto tale alla sua autoconservazione e promozione nell'ambito della compagine sociale (eliminando la concorrenza fra professionisti, per es. tramite la fissazione di tariffe) anch'esso elevato dalla legge ad interesse pubblico ed affidato alle cure dell'ente.

Allo scopo di evidenziare la presenza e l'importanza dell'interesse professionale del gruppo posto

⁵⁷³ L'essere cioè gli enti professionali preesistenti ai moderni Stati di diritto ed eredi - per così dire - delle antiche corporazioni di arti e mestieri.

⁵⁷⁴ L'essere enti esponenziali dell'intero gruppo professionale (e cioè enti comunitari o corporativi – come si è detto – ad appartenenza obbligatoria) ed in particolare enti a struttura associativa (nel senso che il gruppo nel suo insieme non solo costituisce corpo elettorale per l'elezione degli organi dell'ente, in particolare del Consiglio, ma assume direttamente, nell'Assemblea, le decisioni fondamentali per la vita dell'ente stesso). Su questi caratteri generalmente riconosciuti propri degli ordini professionali cfr. C. LEGA, voce *Ordinamenti professionali*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, 1965, pag. 9 ss.; C. GESSA, voce, *Ordini e collegi professionali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1990, XX, pag. 2; F. TERESI, voce, *Ordini e collegi professionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.* vol. X, 1995, pag. 452.

⁵⁷⁵ Secondo una prima linea di pensiero, infatti, il fine degli Ordini sarebbe la tutela della collettività al corretto esercizio dell'attività professionale, dunque il perseguimento in via prioritaria di un interesse pubblico generale. S. v. per questa impostazione C. LEGA, voce *Ordinamenti professionali*, cit. pag. 9, secondo il quale "Gli organi periferici e centrali degli enti professionali svolgono le funzioni demandate dalle leggi per la tutela degli interessi della categoria e per il perseguimento dei fini istituzionali degli enti che sono, ovviamente, unitari. Questi fini, da un punto di vista generale, si possono suddividere in due gruppi: in uno si riscontrano fini di carattere essenzialmente pubblicistico, riconosciuti dallo Stato a causa del rilievo sociale che presenta l'esercizio di determinate professioni (...). Nel secondo gruppo si riscontrano fini che attengono più direttamente all'interesse della categoria professionale in quanto mirano a mantenere inalterato il decoro di questa e a tutelare il morale della categoria e il prestigio della professione. Nel perseguire detti fini gli enti professionale devono perseguire l'interesse generale della collettività per quanto sia rilevante anche l'interesse collettivo della categoria professionale". V. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., pagg. 28, 86.

Secondo altra impostazione, invece, gli Ordini sono prima di tutto volti a tutelare gli interessi del gruppo professionale del quale sono esponenziali. Cfr. per es. questa seconda impostazione C. GESSA, voce *Ordini e collegi professionali*, cit., pag. 3: Le finalità perseguite dagli Ordini "possono definirsi generali, intendendosi con ciò che la singola categoria vieneificata dal legislatore per attribuire un centro di attribuzione giuridica alla soddisfazione di tutti i suoi bisogni e non soltanto ad alcune esigenze prescelte in una certa scala di priorità. In questo senso l'ente professionale esaurisce ogni necessità funzionale del gruppo di cui è espressione, provvedendo alla gestione dell'esistente ed adeguandosi al suo divenire in una continua evoluzione che è il segno appunto dell'autonomia, del tutto simile, in questa prospettiva, a quella degli enti territoriali (...). Con la suddetta interpretazione si spiega la rilevata indeterminazione dei compiti spettanti agli enti professionali, la quale discende dalla genericità delle formule adoperate dal legislatore per affermare in sostanza che è riservata agli Ordini e Collegi dei professionisti la tutela del gruppo di appartenenza, la dignità della funzione individualmente esercitata dai singoli, il prestigio di cui essa e i suoi operatori devono essere circondati nel contesto sociale, dal quale dipende consequenzialmente l'affidamento dei terzi e la garanzia dell'adeguato e corretto esercizio del ministero professionale implicante prestazioni personali infungibili che incidono su beni e valori individuali e collettivi e molto spesso su persone piuttosto che su cose". Sulla stessa linea G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979, pag. 34 secondo il quale "Da tutto ciò risulta evidente come la natura giuridica degli ordini e collegi, il loro essere rivolti quanto meno in prevalenza a curare gli interessi dei gruppi dei quali sono esponenziali ...". V. anche F. TERESI, voce *Ordini e collegi professionali*, cit., pag. 458: "così non v'è dubbio che esiste un interesse pubblico ad una esplicazione corretta della professione, tant'è che l'ente è sottoposto alla vigilanza del Ministro di Grazia e giustizia; ma esiste anche un preminente interesse dell'ente alla tutela del decoro e del prestigio della professione attraverso l'esercizio dei poteri disciplinari e della determinazione delle tariffe".

in capo all'ente si fa particolare riferimento a quelle formule legislative ampie e aperte che affidano all'Ordine la salvaguardia e la tutela della dignità e del decoro della professione⁵⁷⁶.

Insomma, alla diversità di natura degli interessi rappresentati dagli Ordini, rispetto a quelli propri del sindacato, non consegue una diversità di contenuto: nell'un caso e nell'altro emergono gli interessi del gruppo professionale in quanto tale.

È evidente come tali letture che attribuiscono agli Ordini la cura non solo dell'interesse pubblico generale, ma anche dell'interesse pubblico particolare del gruppo professionale finiscano inevitabilmente – di fatto o di diritto, a seconda della lettura che si voglia accogliere circa i rapporti fra interesse pubblico generale e interesse particolare del gruppo⁵⁷⁷ - per avocare all'ente pubblico tutte le istanze di tutela dell'insieme dei professionisti e così per erodere (quasi) ogni spazio d'azione alle organizzazioni sindacali e alle associazioni privatistiche, pur ammesse ed in concreto presenti.

Le associazioni privatistiche assumono così in larga prevalenza il ruolo di correnti interne al gruppo professionale organizzato nell'Ordine; divengono, dunque, strumenti di organizzazione del consenso per l'elezione dell'organo consiliare, nell'ambito del quale tutti gli interessi della categoria confluiscono e si ricompongono⁵⁷⁸.

Quest'ottica – portata alle sue estreme conseguenze – giunge addirittura a riconoscere in capo all'ente pubblico gli stessi strumenti di tutela propri dell'organizzazione sindacale, lo sciopero⁵⁷⁹. Non è raro, del resto, nella prassi che gli Ordini professionali proclamino astensioni, in particolare

⁵⁷⁶ Cfr. per es. art. 12 RDL 1578/1934, "Ordinamento delle professioni di avvocato" ai sensi del quale "Gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia"; art. 40, 1 comma, D.Lgs. 139/2005 "Costituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili", ai sensi del quale "Il procedimento disciplinare nei confronti degli iscritti all'albo è volto ad accertare la sussistenza della responsabilità disciplinare dell'incolpato per le azioni od omissioni che integrino violazione di norme di legge e regolamenti, del codice deontologico, o siano comunque ritenute in contrasto con i doveri generali di dignità, probità e decoro, a tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione".

V. oltre agli autori citati alla nota che precede, anche U. PROSPERETTI, *Ordini professionali, sindacati e compiti dei giuristi*, in *Iustitia*, 1956, pag. 32 che osserva "Per i liberi professionisti gli interessi puramente sindacali, nel senso proprio ed originario della cosiddetta resistenza sindacale non sono di solito rilevanti; ed infatti gli ordini e collegi professionali ormai costituiti largamente sono lo strumento per la manifestazione degli interessi professionali intesi come interessi alla dignità e alla disciplina della professione, nonché come interesse alla tutela della capacità professionale stessa". V. altresì PELAGGI, *Sulle attribuzioni degli ordini professionali*, in *Amm. It.*, 1973, f. 10, pag. 1270 ss. che afferma che "non pare dubbio che gli Ordini e le Federazioni abbiano competenza a trattare problemi concernenti in genere contratti, tariffe, compensi e ad intervenire nelle vertenze fra sanitari ed Enti mutualistici. E ciò per diversi ordini di ragioni. Si comprende, innanzitutto, agevolmente come tutte le materie testè menzionate, possono avere una notevole influenza ai fini della conservazione del decoro e dell'indipendenza della categoria professionale, la cui tutela è espressamente affidata agli Ordini e alle Federazioni dalle norme sopra riportate".

⁵⁷⁷ Cfr. gli Autori citati *supra* alla nota 18.

⁵⁷⁸ A conclusioni analoghe giunge chi contrasta la stessa possibilità di distinguere fra Ordini e sindacati in base alla natura dell'interesse rappresentato, poiché riconosce in capo all'Ordine la competenza a rappresentare tutti gli interessi del gruppo professionale. Cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 35 ss.

⁵⁷⁹ Cfr. in questo senso TERESI, *op. cit.*, pag. 458. Osserva G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 36 s. che "Pur nella sostanziale omogeneità fra ordini e sindacati di professionisti l'esistenza di questi ultimi è quindi spiegabile con la loro possibilità di avere un più esplicito rapporto conflittuale con lo Stato e di aderire maggiormente alle diverse esigenze di singole sottocategorie dello stesso gruppo sociale".

nell'ambito dei servizi pubblici essenziali⁵⁸⁰.

Tuttavia la situazione appena descritta – l'essere cioè l'Ordine, nella dinamica concreta, il soggetto portatore dell'interesse complessivo del gruppo – presuppone una forte omogeneità degli interessi dei singoli professionisti. In altre parole l'Ordine riesce a ridurre ad unità - e a farsi così portatore - dell'interesse del gruppo professionale nel suo insieme solo se gli interessi dei singoli appartenenti sono coesi o almeno poco differenziati e coordinabili fra loro.

È così del tutto ragionevole ipotizzare che un reale campo di azione per le organizzazioni sindacali consegua al diversificarsi degli interessi all'interno del gruppo professionale⁵⁸¹.

3. Il principio di libera concorrenza nel campo delle professioni ed i suoi riflessi sulla rappresentanza.

Il ruolo tendenzialmente assorbente assunto dagli Ordini nella rappresentanza e nella tutela dell'interesse della categoria è destinato con tutta probabilità ad incrinarsi con l'emergere di interessi pubblici generali prevalenti rispetto all'interesse del gruppo professionale.

Il riferimento è qui al principio di libera concorrenza di derivazione comunitaria – pacificamente operante secondo la Corte di Giustizia anche nel campo delle libere professioni ed ora recepito nell'ordinamento interno da precise norme di legge (il riferimento è al D.L. 233/2006, cosiddetto Decreto "Bersani", convertito con la L. 248/2006, su cui *infra* nel testo. V. poi anche D.Lgs. 30/2006) – volto ad assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico generale ad una più economica e migliore qualità dell'attività resa dal professionista.

L'affermarsi dell'interesse pubblico generale espresso dal principio di libera concorrenza incide sul ruolo rappresentativo degli Ordini in due sensi: da una parte sottraendo alla competenza dell'Ordine la rappresentanza degli interessi di gruppo con esso in conflitto; dall'altra scardinando il presupposto su cui la rappresentanza dell'Ordine si fonda: l'unitarietà dell'interesse espresso dal gruppo professionale nel suo insieme, favorendo così l'emergere di interessi settoriali di sottogruppi di professionisti all'interno della categoria.

a) L'interesse pubblico generale ad una più economica e migliore qualità dell'attività resa dal professionista - espresso dal principio di libera concorrenza - sottrae agli Ordini la competenza a rappresentare e tutelare gli interessi del gruppo professionale con esso in conflitto.

Si è detto della opinione consolidata che ritiene coesistere in capo all'Ordine l'interesse pubblico generale e l'interesse pubblico particolare della categoria.

Tuttavia - a parere di chi scrive –, nel caso in cui i due interessi entrino in conflitto, nella scelta fra interesse pubblico generale e interesse particolare della categoria è inevitabilmente il primo a dover prevalere.

⁵⁸⁰ Ma su questo aspetto cfr. più in dettaglio par. 7. Si tratta comunque di un fenomeno non nuovo, cfr. G. Rossi, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 35 nota 26 che nel 1979 sottolineava "che tuttora gli ordini professionali svolgono frequentemente, anche se in maniera ufficiosa, una sollecitazione della categoria ad azioni sciopero".

⁵⁸¹ Sottolinea G. Rossi, *Enti pubblici associativi* cit., pag. 36 che – in un panorama in cui l'Ordine ha il monopolio (secondo la sua impostazione, di diritto) della rappresentanza del gruppo – ai sindacati rimane la prerogativa di rappresentare "la diversità di interessi all'interno della categoria, che richiede espressioni differenziate rispetto a quelle necessariamente unitarie degli ordini". Su questa linea cfr. Cass. S.U., 14 febbraio 1992, n. 1811, in *Juris data on line - banca dati*, Milano.

Depone già in questo senso la natura stessa degli Ordini: enti pubblici – certo a struttura associativa e dotati di autonomia -, ma preposti dalla legge in primo luogo alla tutela degli interessi pubblici della collettività generale e dei fruitori-utenti dell'attività professionale, titolari di competenze fissate dalla legge, soggetti al controllo ministeriale.

Ma se mai si volessero nutrire dubbi al riguardo, è lo stesso legislatore – nei suoi più recenti interventi - ad indicare come sia l'interesse generale a prevalere sull'interesse di gruppo. Di conseguenza è lo stesso legislatore a sottrarre agli Ordini (o a circoscrivere) la competenza nel perseguire quegli interessi del gruppo che divergano rispetto all'interesse generale (e con esso – beninteso - non siano coordinabili).

Viene qui in particolare considerazione⁵⁸² la competenza a fissare le tariffe professionali, che per generale opinione risponde prima di tutto e prevalentemente ad un interesse del gruppo professionale in quanto tale.

Al riguardo l'art. 2, 1 comma, lett. a) del Decreto legge "Bersani" n. 223/2006 (convertito nella L. 248/2006; il principio è poi richiamato dall'art. 3, 1 comma, D.Lgs. 30/2006) dispone l'abrogazione delle "disposizioni legislative o regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o tariffe minime, vincolanti per tutti gli appartenenti alla categoria" oltre che "il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi da perseguire".

In tal modo – inevitabilmente⁵⁸³ – la competenza in tema di tariffe minime viene sottratta agli Ordini professionali⁵⁸⁴, sia che fosse loro riconosciuta da norme legislative o regolamentari in

⁵⁸² Nella stessa direzione si muovono le prescrizioni del D.L. "Bersani" in tema di pubblicità e di servizi multiprofessionali di tipo interdisciplinare.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 2, 1 comma, lett. b) D.L. 233/2006 prevede, infatti, che è abrogato "Il divieto, anche parziale di svolgere pubblicità 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". Il nostro ordinamento si è così adeguato in via anticipata all'art. 100 della Direttiva 2006/123/CE.

Con riguardo al secondo profilo l'art. 2, 1 comma, lett. c) D.L. 233/2006 dispone che è abrogato "il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni fra 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". Anche per questi profili il nostro ordinamento si è adeguato in via anticipata all'art. 101 della Direttiva 2006/123/CE.

⁵⁸³ Di contrario avviso è, invece, il Consiglio Nazionale Forense nel parere del 4 settembre 2006 N. 22-C/2006 in www.consiglionazionaleforense.it/files/4027/C-22/202006pdf ai sensi del quale la deroga ai minimi tariffari potrebbe comunque dar luogo a una violazione del codice deontologico e in particolare dell'art. 5 sui doveri di dignità, probità e decoro e dell'art. 43, comma 2, che vieta la richiesta di compensi "manifestamente sproporzionati all'attività svolta e comunque eccessivi".

Come è stato giustamente sottolineato "i codici deontologici incontrano un limite insuperabile in norme di legge di tipo imperativo. Nel caso di specie, una fonte normativa di rango primario qual è il decreto "Bersani" esclude l'obbligatorietà dei minimi tariffari. Ciò in applicazione dei principi che reggono il nuovo "ordine pubblico economico" radicato ormai nella nostra Costituzione, riletta alla luce del Trattato istitutivo della Comunità europea, non a caso richiamato dall'art. 1 del decreto Bersani", così M. CLARICH, *Liberalizzazioni: una lettura delle norme non in linea con il diritto anitrust*, in *Guida al Diritto*, 37/2006, pag. 13.

⁵⁸⁴ A decorrere dal 1 gennaio 2007. Prevede infatti l'art. 2, 3 comma, D.L. 223/2006 che "Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le disposizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1 gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data, le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle".

modo esplicito (nell'ambito per es. di un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento amministrativo, come è nel caso degli avvocati⁵⁸⁵ e dei notai) sia che venisse tratta quale corollario dalle previsioni in tema di tutela della dignità e del decoro della professione (come è nel caso dei medici veterinari⁵⁸⁶).

Può poi essere oggetto di discussione se in capo agli Ordini possa rimanere fermo il potere di individuare comunque tariffe di riferimento non vincolanti⁵⁸⁷ o non vincolanti nel minimo, ma nel

⁵⁸⁵ Che la soluzione adottata dal decreto "Bersani" fosse l'unica necessitata dal rispetto della disciplina comunitaria è da discutere.

Infatti con particolare riferimento al sistema italiano di fissazione delle tariffe forensi la Corte di Giustizia ne ha più volte dichiarato la conformità al principio di libera concorrenza.

C. Giust. 19 gennaio 2002, C-35/99, *Arduino*, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, ha ritenuto che la normativa italiana in tema di fissazione delle tariffe forensi non sia in contrasto con il diritto comunitario perché "gli artt. 5 e 85 del Trattato non ostano all'adozione da parte di uno stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri degli ordini, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana" (che prevede appunto che sia la norma regolamentare statale e non l'Ordine in via autonoma – da qualificare ai fini del diritto della concorrenza quale associazione di imprese – a fissare la tariffa).

Il medesimo orientamento è ribadito da C. Giust. 5 dicembre 2006, C-94/04 e C-202/04, *Cipolla- Macrino*, in *FI*, 2007, IV, c. 1 ss. che affronta poi anche la questione se un divieto assoluto di derogare convenzionalmente alle tariffe minime contrasti con il principio comunitario di libera prestazione dei servizi posto dall'art. 49 del Trattato e conclude rimettendo la questione al giudice del rinvio perché valuti se la restrizione sia idonea e proporzionata e cioè "se vi sia una relazione tra il livello degli onorari e la qualità dei servizi delle prestazioni fornite dagli avvocati e se, in particolare, la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, vale a dire la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia". In senso conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr. Cass. 29 maggio 2006, n. 12743, in *Juris data on line - banca dati*, Milano.

⁵⁸⁶ Cfr. Cass. 11 novembre 2003, n. 16943, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, che ha ritenuto conforme all'ordinamento l'esercizio da parte dell'Ordine dei medici veterinari del potere disciplinare nei confronti di un professionista che non aveva rispettato le tariffe minime, fissate dall'Ordine in ossequio alla sua competenza a tutelare il decoro e la dignità della professione: la tariffa "anche se avesse (...) carattere soltanto indicativo, sarebbe nondimeno anche in tal caso vincolante all'interno del gruppo organizzato, del quale l'organo che ha fissato la tariffa ed è tenuto a tutelarne gli interessi, costituisce diretta emanazione".

⁵⁸⁷ Cfr. al riguardo TAR Roma 28 gennaio 2000, n. 466, in *Gior. Dir. Amm.*, 2000, pag. 356 ss. che ha ritenuto che la raccomandazione rivolta da un ordine professionale ai propri iscritti (nella specie si trattava dell'ordine dei ragionieri e dei periti commerciali) di applicare un sistema tariffario elaborato in seno alla categoria – e non ancora vincolante nelle more dell'approvazione ministeriale – "costituisce una forma di coordinamento della condotta economica delle imprese che si riconoscono nell'ordine medesimo, in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990".

Ritiene che "il criterio selettivo delle determinazioni tariffarie compatibili con il principio di concorrenza e di quelle incompatibili non può ravvisarsi nella *derogabilità* o *inderogabilità* delle medesime" anche R. SENIGALLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 2006, II, pag. 213 ss. ove anche riferimenti a sentenze della Corte di Giustizia.

Tuttavia diverse disposizioni del D.L. "Bersani" 223/2006 depongono per la possibilità per gli Ordini di individuare tariffe non vincolanti. Con riferimento alle tariffe di professionisti la cui attività sia implicata in procedure ad evidenza pubblica, quali ingegneri e architetti, l'art. 2, 2 comma, secondo periodo dispone che "Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti *possono utilizzare le tariffe*, ove motivatamente ritenute adeguate quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali".

Ancora più decise sono le previsioni del D.L. "Bersani" relative alle tariffe forensi. Viene qui in considerazione l'art. 2, 2 comma, primo periodo ai sensi del quale "Il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio *sulla base della tariffa professionale*".

Ma è soprattutto rilevante l'art. 2, 2 bis comma, il quale dispone che all'art. 2233 c.c. il terzo comma sia sostituito dal seguente: "Sono nulli, *se non redatti in forma scritta*, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali". È evidente, infatti, che imporre la forma scritta a pena di nullità per fissare in pattuizioni individuali la misura del compenso può portare ad una reviviscenza delle tariffe forensi – pur non vincolanti – fissate dal Consiglio Nazionale Forense. Cfr. sul punto A. COSSIRI, *Tariffe professionali forensi tra diritto interno e comunitario: le liberalizzazioni viste alla luce del diritto antitrust e della libera circolazione dei servizi*, in *www.forumcostituzionale.it*.

massimo⁵⁸⁸. Potrebbe andare in questa direzione la legislazione *in itinere*: il Disegno di legge “Mastella” sul riordino delle professioni⁵⁸⁹ all’art. 2, 1 comma, lett. m) delega, infatti, il Governo a “prevedere a tutela del cliente, la individuazione generale di limiti massimi dei corrispettivi per ciascuna prestazione”.

Sarebbe invece contraria alla scelte legislative qualunque interpretazione “gattopardesca” che riportasse il sistema a riavvolgersi su sé stesso⁵⁹⁰.

È evidente come in questo nuovo scenario si aprano nuovi potenziali⁵⁹¹ spazi all’azione sindacale (e in senso più lato all’azione delle associazioni professionali) a tutela di quell’interesse di gruppo che fuoriesce dal campo di intervento dell’Ordine professionale (o comunque rispetto ad esso retrocede)⁵⁹².

b) *Diversificarsi degli interessi dei professionisti all’interno del gruppo professionale e rappresentanza di sindacati e associazioni di professionisti.*

L’affermarsi del principio di libera concorrenza porta con sé anche un altro effetto: scardina il presupposto su cui si è radicata fino ad oggi la rappresentanza ad opera dell’Ordine professionale, cioè l’unitarietà dell’interesse del gruppo professionale complessivamente considerato.

Se, infatti, si pongono le basi per una concorrenza fra i singoli professionisti sulle condizioni eco-

D’altra parte nel parere del 4 settembre 2006 C-22/2006, cit., in merito al D.L. “Bersani” il Consiglio Nazionale Forense precisa che “il fatto che le tariffe non siano più obbligatorie non esclude che (...) le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe come previste dal D.M.”.

Un passo ulteriore – e di dubbia legittimità – compie poi il nuovo testo dell’art. 45 del Codice deontologico forense – il cui adeguamento è avvenuto nei termini previsti dal D.L. “Bersani” – che impone che “i compensi [anche negoziati] siano proporzionati all’attività svolta”. Il fatto che non vengano fissati i criteri in base ai quali valutare l’elemento della proporzionalità testimonia come l’Ordine voglia nuovamente avocare a sé il potere di individuare – seppure in via indiretta – le tariffe forensi. Per questa notazione v. ancora A COSSIRI, *op.cit.*, pag. 3.

Per la legittimità della individuazione comunque da parte degli Ordini di tariffe di riferimento cfr. anche Circolare 10/2006 del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti in www.cncd.it.

Con riguardo, poi, alla conformità rispetto al principio di libera concorrenza del potere attribuito agli Ordini di esprimere pareri (cd. opinamento della parcella) - con effetti vincolanti nei confronti del giudice nell’ambito delle procedure sommarie di ingiunzione, ma non nel successivo giudizio di opposizione - in ordine alla congruità delle parcelle predisposte dai professionisti (nel caso si trattava di un architetto), cfr. C. Giust. 29 novembre 2001, C-221/1999, *Conte*, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, ai sensi della quale “Gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 e 81 CE) non ostano ad una normativa nazionale che, nell’ambito di un procedimento sommario di ingiunzione di pagamento diretto al recupero degli onorari di architetto iscritto ad una associazione professionale, impone al giudice adito di conformarsi al parere espresso da quest’ultima per quanto riguarda la liquidazione di detti onorari, in quanto tale parere perde il suo carattere vincolante allorché il debitore avvia un procedimento in contraddittorio”.

⁵⁸⁸ Con riferimento specifico al D.L. “Bersani” il Consiglio Nazionale Forense nel parere del 4 settembre 2006, cit., ha espresso l’opinione che siano legittime tariffe vincolanti nel massimo.

⁵⁸⁹ Si tratta del Disegno di legge AC – 2160 “Delega al Governo per il riordino dell’accesso alle professioni intellettuali, per la riorganizzazione degli Ordini, albi e collegi professionali, per il riconoscimento delle associazioni professionali, per la disciplina delle società professionali e per il raccordo con la normativa dell’istruzione secondaria superiore” approvato dal Consiglio dei Ministri il 1 dicembre 2006, in www.governo.it.

⁵⁹⁰ Come sembra voler fare l’art. 45 del Codice deontologico, che pone un principio di proporzionalità per l’individuazione dei compensi – anche individualmente concordati - alla cui concretizzazione l’Ordine candida sé stesso. Cfr. nota 30.

⁵⁹¹ Si è scritto “potenziale” perché il sistema potrebbe anche andare in altra direzione e aprire invece spazi alla mera autonomia individuale.

⁵⁹² Anche in quest’ambito si pongono peraltro problemi di rispetto del principio di libera concorrenza, come si dirà *infra*.

nomiche e la qualità della loro prestazione, inevitabilmente nel tempo divergeranno i loro interessi e in questo spazio ben potrebbero inserirsi sindacati o associazioni professionali privatistiche che come tali sono libere di scegliere quali interessi settoriali rappresentare.

Nessun rilievo può essere dato a questi fini all'art. 8 del D.d.l. "Mastella" che pone "Principi e criteri in materia di associazioni professionali riconosciute". La norma, infatti, - pur non esente da ambiguità⁵⁹³ - delega il Governo a individuare "gli interessi generali in base ai quali possono essere riconosciute le associazioni di esercenti le professioni *ai fini di dare evidenza ai requisiti professionali degli iscritti, di favorire la selezione qualitativa e la tutela dell'utenza*"; l'art. 8 deve, dunque, essere letto e interpretato nell'ambito di queste precise finalità⁵⁹⁴, non come volto a porre in generale limiti alla libertà di associazione dei professionisti, peraltro tutelata da precise disposizioni costituzionali (art. 18 e 39 Cost.)

c) Diversificazione degli interessi all'interno del gruppo professionale e molteplicità delle tipologie contrattuali tramite le quali può essere resa l'attività professionale.

Che la direzione di marcia sia quella di una diversificazione e scomposizione degli interessi all'interno del gruppo professionale è evidenziato anche da un altro elemento emergente: la molteplicità delle forme giuridiche tramite le quali può e potrà essere in prospettiva resa l'attività professionale.

Nell'ambito delle professioni protette l'ordinamento italiano è rimasto per lungo tempo su posizioni tradizionaliste, mantenendo fermo il divieto in generale posto dall'art. 2 l. 1815/1939 in tema di società di professionisti⁵⁹⁵. È stato così privilegiato l'elemento della personalità dell'attività professionale (cfr. art. 2232 c.c., ai sensi del quale "il prestatore deve eseguire personalmente l'incarico assunto") deducibile come tale solo in un contratto di lavoro autonomo di prestazione d'opera intellettuale o - salvi i casi eccezionali (com'è per la professione forense, con riferimento

⁵⁹³ Il decreto distingue, infatti, fra associazioni in generale e associazioni registrate. Sembra tuttavia porre con riguardo alle prime limitazioni difficilmente giustificabili a fronte dell'art. 18 Cost.: il Governo è delegato a garantire la libertà di costituire associazioni solo fra "professionisti che svolgano attività professionale omogenea, con il limite che, nel caso di attività riservate, possono farne parte solo gli iscritti al relativo ordine, albo o collegio", ma al contempo (lett. b) a "stabilire che la partecipazione all'associazione non comporta alcun vincolo di esclusiva, nel pieno rispetto della libera concorrenza".

Le associazioni registrate (lett. c), invece, devono possedere specifici requisiti (quali ampia diffusione sul territorio, svolgimento di attività che possano incidere su diritti costituzionalmente garantiti o su interessi che, per il loro radicamento sul tessuto socio-economico, comportino l'esigenza di tutelare gli utenti, che siano costituite da almeno quattro anni ecc.). Solo queste ultime poi (a mente della lett. e) sembrano deputate a rilasciare attestati relativi alla qualificazione professionale.

⁵⁹⁴ In questa precisa ottica trova allora razionale collocazione la prescrizione al Governo - sempre contenuta nell'art. 8 - di "prevedere che i decreti legislativi siano redatti in modo tale da escludere incertezze in ordine alle funzioni rispettivamente attribuite dalla legge agli ordini professionali e alle associazioni di professionisti" appunto in tema di formazione professionale (agli Ordini infatti spetta "l'aggiornamento e la qualificazione professionale dei propri iscritti", cfr. art. 4, lett. g), D.d.l. "Mastella", oltre che "la costante verifica della qualificazione e dell'aggiornamento professionale", art. 4, lett. d) D.d.l. "Mastella").

⁵⁹⁵ L'art. 2 l. 1815/1939 prevedeva che fosse "vietato costituire, esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma, diversa da quella di cui al precedente articolo, società istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano ad oggetto lo scopo di dare anche gratuitamente, ai propri consociati o ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria". L'art. 1 della medesima legge prevedeva, invece, che l'esercizio della professione in forma associata da parte di coloro che sono iscritti all'albo deve svolgersi menzionando la dizione "studio tecnico legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario". Nell'interpretarla sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritarie avevano ritenuto che la norma ponesse una proibizione assoluta di costituire società per l'esercizio della professione, cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 525 ss.

alla quale è sancita l'incompatibilità fra iscrizione all'ordine e lavoro subordinato⁵⁹⁶) – in un contratto di lavoro subordinato.

Le spinte del mercato, la richiesta, specie a favore delle imprese, di servizi professionali sempre più sofisticati - che necessitano di continuo aggiornamento e dunque di investimenti in formazione e supporti informativi, di prontezza di risposta e dunque di una organizzazione adeguata e articolata, nonché di una divisione del lavoro fra attività di *routine* e attività più qualificate, di diversi apporti specialistici ecc. –, l'emergere comunque nel tessuto sociale di realtà complesse, pur nelle forme consentite dall'ordinamento⁵⁹⁷, hanno infine indotto il legislatore italiano – prima con interventi settoriali (i CAAF, le società fra avvocati, le società di *engineering*⁵⁹⁸) – e, poi, in prospettiva probabilmente con un intervento a tutto campo a diversificare le tipologie contrattuali tramite le quali è possibile rendere attività professionale, includendo fra queste in via generale anche le società di professionisti (cfr. art. 9 D.d.l. "Mastella" che pone i principi di delega per l'introduzione in via generale di una specifica figura di società e cooperativa fra professionisti).

Nel futuro, dunque, è dato immaginare che le prestazioni professionali – ed anche quelle riservate alle professioni protette – potranno essere dedotte in almeno quattro tipologie contrattuali - il contratto di lavoro subordinato, il contratto di lavoro autonomo parasubordinato, il contratto di lavoro autonomo *tout court* e il contratto sociale che lega il professionista alla società o cooperativa – ognuna delle quali presuppone una diversa posizione sul mercato, una diversa consistenza organizzativa, e dunque diverse esigenze di tutela del soggetto-professionista intellettuale che la rende.

Anche riguardando la questione sotto questo angolo visuale, dunque, si profilano spazi di intervento per il sindacato e per le associazioni fra professionisti⁵⁹⁹.

4. Principio di libera concorrenza e contrattazione collettiva: una diversa linea di confine per i professionisti subordinati, autonomi, parasubordinati.

Una volta evidenziato che il principio di libera concorrenza è destinato a comprimere l'area di intervento degli Ordini e ad aprire nuovi potenziali spazi alle forme di rappresentanza e tutela

⁵⁹⁶ Il divieto si deduce dall'art. 3 l. 36/1934, di conversione con modificazioni del R.D.L. 1578/1933, ai sensi del quale l'esercizio della professione di avvocato "è infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione d'opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario".

⁵⁹⁷ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 525 ss. che fa riferimento a forme associative "atipiche", che non investono in alcun modo l'attività professionale, ma si configurano per es. come società di mezzi per l'uso in comune di beni strumentali necessari allo svolgimento della prestazione e l'utilizzo del personale ausiliario, o la società "interna" relativa alla ripartizione delle spese di studio e dei compensi.

⁵⁹⁸ Cfr. per gli opportuni riferimenti normativi L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006, pag. 167 s.

⁵⁹⁹ Ma ancora una volta non degli Ordini professionali, pur ritenendo che essi possano in concreto farsi portatori di interessi non solo diversificati, ma addirittura contrapposti (ma in senso contrario v. Cons. Stato sez. VI, 14 giugno, 2004, n. 3874, in *Juris data on line - banca dati*, Milano; Cons. Stato sez. VI, 15 aprile 1999, n. 471, *ibidem*).

Per opinione prevalente infatti non è ammesso nel nostro ordinamento il cd. "sindacato misto" – a cui per ciò va disconosciuta la qualifica di "sindacale" –, quella formazione, cioè, che rappresenti simultaneamente datori e lavoratori. Già dal sistema costituzionale (cfr. artt. 3, 39 e 40 Cost.), ma anche dalle successive prescrizioni del legislatore ordinario (cfr. artt. 17 e 28 St.lav.) si ricava infatti un sistema di rappresentanza e tutela degli interessi collettivi di datori di lavoro e lavoratori di tipo conflittuale, antagonista, separato. Cfr. Trib. Milano 18 maggio 1996, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, II, pag. 247 ss., con nota di G.A. RECCHIA, *Il concetto di "qualità sindacale"*, ove richiami alla dottrina.

collettiva il discorso non è concluso.

C'è ancora da chiedersi se e in quali termini gli accordi posti in essere da libere associazioni privatistiche di professionisti - pur al di fuori delle competenze dell'Ordine - confliggano con il principio di libera concorrenza.

Il discorso deve essere articolato, considerato che – come già posto in luce – tali accordi possono essere volti a prefigurare: le condizioni di impiego di professionisti-lavoratori subordinati o di professionisti-lavoratori autonomi parasubordinati nei confronti rispettivamente di datori di lavoro o di committenti; le condizioni di lavoro di professionisti-lavoratori autonomi verso la clientela; ed infine le condizioni di lavoro di professionisti-soci di società verso la struttura sociale alla quale aderiscono.

La questione – in altre parole - è quali lavoratori siano titolari di quella libertà di negoziazione collettiva che la Corte di giustizia ha riconosciuto – a partire dalla sentenza *Albany*⁶⁰⁰ – non in conflitto con il principio di libera concorrenza, in quanto funzionale ad obiettivi di politica sociale pure presenti nel Trattato. È noto, infatti, che la libertà di negoziazione è sì esclusa dalle competenze comunitarie - o almeno non inclusa in via formale (v. art. 137.5 del Trattato) –, ma sicuramente scaturisce dalle tradizioni comuni degli Stati membri e fa parte dei diritti fondamentali che secondo la costante giurisprudenza della Corte sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario (v. anche l'art. 28 della Carta di Nizza⁶⁰¹).

Al contempo – e specularmente – la questione è quale significato debba essere attribuito al concetto di impresa rilevante ai fini dell'applicazione del principio di libera concorrenza, sancito dall'art. 81 del Trattato⁶⁰².

Certo, nessuno dubita che la libertà di negoziazione collettiva competa ai lavoratori subordinati in senso stretto, cioè a coloro che – secondo la definizione dell'art. 2094 c.c. – lavorano “alle dipendenze e sotto la direzione” del datore di lavoro. Dunque, le intese poste in essere da organizzazioni sindacali volte a fissare le condizioni di lavoro in quest'area non entrano certo per ciò stesso in conflitto con il principio di libera concorrenza⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Cfr. C.Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, in *Foro It.*, 1999, IV, c. 489 ss. Sulla stessa linea v. anche C.Giust. 21 settembre 1999, C-219/97, *Drijvende Bokken*, e C.Giust. 21 settembre 1999, procedimenti riuniti da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*, in *Juris data on line - banca dati*, Milano.

⁶⁰¹ L'art. 28 della Carta di Nizza (poi divenuto art. II-88 della Costituzione europea, peraltro non ratificata secondo le procedure previste e perciò non in vigore) prevede che: “I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e alle prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero”. In tema di diritti collettivi nella Costituzione europea v. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, pag. 897 ss.

⁶⁰² Diversa questione è se il professionista intellettuale possa essere qualificato imprenditore ai sensi del diritto interno. Sul dibattito cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 527 ss.

⁶⁰³ Altro discorso è, poi, quali contenuti e quali finalità debba avere il contratto collettivo per non essere in contrasto con il principio di libera concorrenza. Per i problemi aperti dalla sentenza *Albany* cfr. fra gli altri: M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 225 ss.; P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3/2000, pag. 635 ss.; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 819 ss.; F. RAVELLI, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, pag. 303 ss.; S. CAZZANTI, *Breve rassegna su contrattazione collettiva e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, 663 ss.

Quanto al concetto di impresa rilevante ai fini del principio di libera concorrenza, la Corte di Giustizia, com'è noto, ne ha fornito un'interpretazione funzionale, ritenendo tale ogni entità che eserciti un'attività economica, cioè offra beni o servizi su un determinato mercato⁶⁰⁴, a prescindere da qualunque "status giuridico, dalle modalità di finanziamento, dagli elementi organizzativi o aziendali, ed indipendentemente dallo scopo di lucro"⁶⁰⁵.

In questa ampia nozione rientra così, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche l'attività professionale che appunto - a prescindere dalla natura intellettuale del servizio, dalla necessità di un'autorizzazione per l'accesso, dal fatto che non richieda un'organizzazione e cioè la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani⁶⁰⁶, dalla circostanza che l'esercizio della professione sia regolamentato – costituisce attività di impresa ed è soggetta alle regole in tema di concorrenza⁶⁰⁷. Emblematica è in questo senso la sentenza *Wouters* del 2002 che, ai fini della disciplina *antitrust*, qualifica attività d'impresa il servizio reso dall'avvocato⁶⁰⁸.

Il principio è ora del resto esplicitamente riconosciuto dall'art. 3, 2 comma, D.Lgs. 30/2006.

Se così è bisogna inevitabilmente concludere che sono da qualificare associazioni di imprese e come tali soggette alle regole di tutela della concorrenza⁶⁰⁹ le associazioni di professionisti che,

⁶⁰⁴ Per la ricostruzione del concetto di impresa rilevante ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato in tema di concorrenza v. D. CORAPI e B. DEL DONNO, *L'impresa*, in A. TIZZANO (a cura di) *Il diritto dell'Unione Europea*, II, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Torino, 2000, pag. 953 ss.; L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, pag. 252 ss.; A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, pag. 283 ss.

⁶⁰⁵ Così F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato dell'Unione Europea*, cit., pag. 1156.

⁶⁰⁶ Cfr. C. Giust. 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione contro Repubblica Italiana*, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, relativa alla possibilità di qualificare come impresa ai fini del diritto alla concorrenza gli spedizionieri doganali. In quella occasione la Corte ha affermato (paragrafi 36 e 37) che "Orbene l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'espletare attività doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre essi assumo a proprio carico i rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività (...). In caso di squilibrio fra uscite e entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi. Di conseguenza il fatto che l'attività dello spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi intellettuali, materiali e immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE".

Sul tema v. già la Decisione della Commissione 30 gennaio 1995, 95/188/CE, in *GU*, n. 122 del 2 febbraio 1995, pag. 37 ss. che aveva ritenuto i consulenti aziendali imprese ai sensi del diritto della concorrenza.

⁶⁰⁷ Cfr. C. Giust. 12 settembre 2000, procedimenti riuniti da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, in *Foro It.*, 2002, IV, c. 244 ss. relativa a medici specialisti che afferma (paragrafi 76 e 77): "i medici specialisti membri della LSV forniscono, nella loro qualità di operatori economici autonomi, servizi sul mercato, cioè quello dei servizi medici specialistici. Questi medici ricevono dai loro pazienti una retribuzione per i servizi che somministrano loro e assumono i rischi finanziari connessi all'esercizio delle loro attività. Ciò considerato, i medici specialisti autonomi membri della LSV svolgono un'attività economica e pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione" (corsivo di chi scrive).

⁶⁰⁸ Cfr. C. Giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters*, in *Foro It.*, 2002, IV, c. 186 ss. ai sensi della quale (paragrafi 48 e 49) "gli avvocati offrono dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti, nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi. Di conseguenza, gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione".

Sulla questione v. G. VICICONTE, *La libera circolazione degli avvocati*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, specie pag. 406 ss.; A. BERLINGUER, *Stato mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, in *Cont. Impr. /Europa*, 2004,

nell'ambito di accordi privatistici con associazioni di clienti o utenti (o anche nell'ambito di accordi fra gli stessi associati) fissino le condizioni - e in particolare le tariffe - a cui le varie prestazioni verranno rese.

Nel campo del lavoro autonomo, dunque, gli spazi potenzialmente aperti alla libera espressione degli interessi di categoria dal ritrarsi delle competenze degli Ordini vengono elisi dal concomitante operare del principio di libera concorrenza.

Rimane l'area del lavoro parasubordinato⁶¹⁰, cioè di quelle attività professionali rese formalmente in regime di autonomia – dunque in assenza di un vero e proprio potere direttivo –, ma sostanzialmente in un regime di soggezione al potere economico e sociale del committente, come si trae dal contestuale operare dei tre requisiti della prevalente personalità, della continuità e della coordinazione (cfr. art. 409, 1 comma, n. 3, c.p.c.).

Al riguardo sembra del tutto ragionevole ritenere che, sotto l'angolo visuale qui preso in esame, il lavoro parasubordinato vada assimilato al lavoro subordinato in senso stretto. I professionisti parasubordinati, infatti, - pur se formalmente autonomi – non operano nel mercato a beneficio di una platea indeterminata di utenti, ma svolgono la loro attività per un numero limitato di committenti (si tratti di imprese, di altri professionisti, di società fra professionisti) - e non di rado in regime di monocommittenza -, com'è inevitabile dati i caratteri che contraddistinguono la loro attività (prevalente personalità, continuità e coordinazione)⁶¹¹.

Questa conclusione appare del resto in linea con il diritto comunitario⁶¹².

È vero che in quel sistema giuridico non esiste una nozione generale positivamente posta di "lavoro" e di "lavoratore" a cui fare ricorso nell'individuare il campo di applicazione delle discipline⁶¹³ e – per quanto qui interessa – a cui riferire il principio di libertà di contrattazione collettiva. Tuttavia pare del tutto condivisibile l'opinione di chi ritiene di poter trarre comunque un concetto comunitario di "lavoro" e di "lavoratore", fondandolo "sull'individuazione precisa delle esigenze socio-economiche di tutela e sul principio di parità di trattamento", con la conseguenza "dell'estensione dei principi generali di tutela a tutti i rapporti aventi ad oggetto prestazioni di lavoro personale, a carattere continuativo, svolte esclusivamente o prevalentemente per un

pag. 390 ss.; A. ORLANDO, *Il principio di concorrenza e l'ordinamento delle professioni: l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Ec.*, 2003, pag. 699 ss.

⁶⁰⁹ In questo senso R. SENIGAGLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2006, II, pag. 213.

⁶¹⁰ Si ricorda che ai sensi dell'art. 61, 3 comma, D.Lgs. 276/2003 le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è richiesta l'iscrizione ad un apposito albo o elenco sono escluse dal campo di applicazione delle disposizioni sul lavoro a progetto.

⁶¹¹ Per analoghe considerazioni, pur con riferimento al lavoro parasubordinato in generale, cfr. A. VALLEBONA, *Lavoro autonomo coordinato e diritto sindacale*, in *Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 314.

⁶¹² Oltre agli argomenti sviluppati nel testo si consideri che nel recente Libro Verde del 26.11.2006 su "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo" (in http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_it.pdf) la Commissione sottolinea la necessità di fornire di tutele – individuali e collettive – il "lavoro economicamente dipendente", includendo in questo concetto la nozione fatta propria dall'ordinamento italiano di lavoro parasubordinato.

⁶¹³ Cfr. F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. 2 L'ordinamento comunitario*, Bari, 2005, pag. 92.

unico datore di lavoro, indipendentemente dal loro assoggettamento pieno al vincolo di subordinazione”⁶¹⁴. Se infatti l’ordinamento comunitario delle origini non contemplava fra le sue finalità la protezione del lavoro “va tuttavia detto che nei suoi quattro decenni di vita esso ha subito una profonda evoluzione, dalla quale è derivato un arricchimento delle sue ragioni d’essere essenziali e dei suoi principi costituzionali, fra i quali vanno annoverati sicuramente anche il principio di protezione del lavoro e il vincolo di operare per il progressivo miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro delle persone”⁶¹⁵.

Non pare d’altra parte d’ostacolo alla lettura proposta la nozione comunitaria⁶¹⁶ di lavoratore elaborata dalla Corte di giustizia con riferimento specifico al principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 48, ora art. 39, del Trattato) ed ora ripreso dall’art. 87 della Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006⁶¹⁷. In quest’ambito, infatti, secondo - l’opinione maggioritaria⁶¹⁸ - la Corte di Giustizia ha sì inteso dilatare al massimo il campo di applicazione della tutela, ma enucleando pur sempre una nozione comunitaria di lavoratore subordinato in senso stretto⁶¹⁹ (cioè di lavoratore eterodiretto)⁶²⁰. Si tratta però in quel caso, appunto, di una nozione confinata in un preciso settore di disciplina, che trova ragione nella separata considerazione normativa del lavoratore autonomo nell’ambito delle norme in tema di libera circolazione dei servizi (art. 59, ora art. 49, del Trattato).

Del resto ad analoghe conclusioni sulla latitudine della libertà di contrattazione collettiva giunge chi - constata l’assenza di un formale riconoscimento di quella libertà a livello comunitario - preferisce far ricorso al principio di sussidiarietà (art. 5.2 del Trattato) e valorizzare così il fatto che il nostro ordinamento nazionale pacificamente attribuisce ai lavoratori autonomi in situazione di

⁶¹⁴ Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Bologna, 2000, pag. 52 s.

⁶¹⁵ Ancora P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 53.

⁶¹⁶ Cfr. C.Giust. 19 marzo 1964, C-75/63, *Unger*, in in M. ROCCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino, 1999, pag. 144 ss.

⁶¹⁷ La norma prevede che: “... la caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro ai sensi dell’articolo 39 del Trattato dovrebbe essere il fatto che per un determinato periodo di tempo una persona fornisce servizi per conto e sotto la direzione di un’altra persona in cambio di una remunerazione; qualsiasi attività che una persona svolga al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato deve essere classificata come attività svolta a titolo di lavoro autonomo ai sensi degli articoli 43 e 49 del Trattato”.

⁶¹⁸ Cfr. L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006, pag. 95 s.; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Milano, 2002, pag. 65.

⁶¹⁹ Cfr. in particolare C. Giust. 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*, in M. ROCCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *op. cit.*, 149 ss. ai sensi della quale “le disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori si applicano anche al cittadino di uno Stato membro che eserciti sul territorio di un altro Stato membro, un’attività subordinata dalla quale tragga redditi inferiori a quanto si considera minimo vitale nel secondo stato membro, indipendentemente dal fatto che l’interessato integri i proventi della sua attività subordinata con altre entrate che gli consentano di disporre del suddetto minimo vitale oppure si accontenti di mezzi di sussistenza inferiori a detto minimo vitale, purché l’attività subordinata sia esercitata realmente ed effettivamente”; C. Giust. 3 luglio 1986, C- 66/85, *Lawrie-Blum*, *ibidem*, pag. 157 ss. ai sensi della quale “la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita della quali riceva una retribuzione”; dello stesso tenore cfr. C. Giust. 12 maggio 1998, C- 85/96, *Martinez Sala*, in *Juris data on line - banca dati*, Milano; C. Giust. 8 giugno 1999, C-337/97, *Meeusen*, *ibidem*; C. Giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, *ibidem*. In tema cfr. S. BORELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *Lav. Dir.*, 2001, pag. 627 ss.

⁶²⁰ Di diversa opinione F. Lunardon, *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in *Europa e diritto*, 1998, pag. 1 ss. secondo la quale la Corte nella sua giurisprudenza sulla libera circolazione dei lavoratori ha inteso riferirsi ad una nozione attenuata di eterodirezione (dunque anche a direttive generali e programmatiche, impartite dal datore in sede di stipulazione del contratto) compatibili con il concetto di parasubordinazione proprio dell’ordinamento italiano.

debolezza socio-economica la titolarità del potere di contrattazione collettiva⁶²¹.

5. Attività professionali rese in regime di parasubordinazione, forme di rappresentanza e contenuti della contrattazione. La difficoltà di predire il futuro.

Dato così per acquisito che alle organizzazioni dei liberi professionisti – non solo subordinati, ma anche parasubordinati - deve essere riconosciuta, alla stregua del diritto interno così come del diritto comunitario, la titolarità della libertà di contrattazione collettiva e che in tale area con il retrocedere delle competenze degli Ordini professionali si aprono ulteriori potenziali spazi alla contrattazione, si tratterebbe ora di verificare quali strutture organizzative potranno assumere tale compito.

Nell'impossibilità di predire il futuro, si può solo segnalare come l'associazionismo – propriamente sindacale o dedito comunque a promuovere le ragioni della professione – è in quest'ambito molto variegato.

Anche da un'analisi superficiale, emerge, infatti, che esiste un numero elevato di sigle per ogni professione considerata.

La rappresentanza assume prevalentemente i connotati dell'associazionismo di mestiere, come tale deputato a difendere gli interessi di una singola specifica professione (medici⁶²², farmacisti⁶²³,

⁶²¹ Cfr. per tutti G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2001, pag. 29.

⁶²² Nell'ambito della professione medica si riscontra la presenza consistente del sindacalismo autonomo (v. www.ordinemedici.com): AAROI (Associazione Anestesisti Rianimatori Ospedalieri Italiani); AIPaC (Associazione Sindacale Patologi Clinici); FIMP (Federazione italiana Medici Pediatri); FIMMG (Federazione Italiana Medici di Famiglia); AMCI (Associazione Medici Cattolici Italiani); ANCE (Cardiologia Italiana del Territorio); SIMET (Sindacato Italiano Medici del Territorio); ANDI (Associazione Nazionale Dentisti Italiani); CIMO-ASMD (Associazione Sindacale Medici Dirigenti); SUMAI (Sindacato Unico Medicina Ambulatoriale Italiana) SNAMI (Sindacato Nazionale Autonomo Medici Italiani); si riscontra poi la presenza di SMI (Sindacato Medici Italiani) che riunisce CUMI-AISS (Confederazione Unitaria dei Medici Italiani - Associazione Italiana dei Medici Specialisti in formazione e Specialisti), UNAMEF (Sindacato rappresentativo di medici di famiglia dissociatosi dalla FIMMG).

In quest'ambito si riscontra, poi, la presenza anche del sindacalismo confederale.

⁶²³ Per quanto riguarda i farmacisti, si riscontra la presenza di sindacati autonomi, tra cui si annoverano il Sindacato Nazionale Farmacisti Dirigenti del S.S.N. (Scopo di SiNafo è la tutela dei farmacisti dirigenti operanti presso ospedali aderenti al SSN, cfr. www.sinafo.it); la Federazione Nazionale Giovani Farmacisti (che comprende le Associazioni di Giovani Farmacisti (AgjFar) presenti su tutto il territorio nazionale, v. www.agifar.it); nonché Federfarma [la Federazione Nazionale Unitaria dei Farmacisti Italiani, nata nel 1969, attualmente rappresenta le 15.500 farmacie private convenzionate con il Servizio sanitario nazionale e comprende altresì SUNIFAR (Sindacato Unitario dei Farmacisti Rurali), v. www.federfarma.it], la quale assiste e tutela i farmacisti titolari di farmacie.

Al contempo sono presenti sindacati confederali: FILCAMS-CGIL (Federazione Italiana Lavoratori Commercio, Alberghi, Mense e Servizi, v. www.filcams.cgil.it) FISASCAT-CISL (Federazione Italiana Sindacati Addetti Servizi Commerciali, Affini e del Turismo, v. www.fisascat.it), UILTuCS-UIL (Unione Italiana Lavoratori Turismo Commercio e Servizi, v. www.uiltucs.it).

veterinari⁶²⁴, ingegneri e architetti⁶²⁵, commercialisti e ragionieri⁶²⁶, consulenti del lavoro⁶²⁷, avvocati⁶²⁸, nota⁶²⁹). Il fenomeno si presenta in questi termini tanto nel caso in cui la professione possa essere resa anche in regime di subordinazione (medici, farmacisti, veterinari ecc.), come nel caso in cui possa essere resa solo in regime di autonomia o parasubordinazione (avvocati).

In alcune ipotesi si riscontra, comunque, anche la presenza del sindacalismo confederale (per i medici e i farmacisti per es.).

Nell'ambito di ogni professione, poi, la rappresentanza spesso non è unitaria (si v. però il caso dei giornalisti⁶³⁰), ma tende a scindersi in ragione di una molteplicità di indicatori, quali per es. l'età (Associazione italiana giovani avvocati, Associazione giovani dottori commercialisti), il genere (Associazione giuriste italiane), la specifica professione svolta (medico pediatra o medico di famiglia, biologi, psicologi e chimici⁶³¹).

⁶²⁴ Rappresentano i veterinari una serie di sindacati autonomi: SIVELP (Sindacato Italiano Veterinari Liberi Professionisti); SIVA (Sindacato Italiano Veterinari Ambulatoriali).

⁶²⁵ Per ingegneri e architetti si rileva la presenza che pare preponderante, benché non esclusiva, di InArSind (Sindacato Ingegneri e Architetti Liberi Professionisti) nato da SNILPI (Sindacato Nazionale Ingegneri Liberi Professionisti Italiani), v. www.snilpi.it.

⁶²⁶ Nell'ambito della professione dei commercialisti e dei ragionieri si riscontra la presenza di un numero elevato di sigle sindacali, che si diversificano a seconda dell'età dei professionisti. Si hanno così (v. www.cndc.it): l'Unione nazionale giovani dottori commercialisti (v. www.unqdc.it), l'Associazione italiana dottori commercialisti, l'Associazione nazionale dottori commercialisti (in www.andoc.org), l'Associazione nazionale praticanti dottori commercialisti, il Sindacato nazionale ragionieri commercialisti (in <http://62.149.232.79/web/index.php?page=/home.php>).

⁶²⁷ Quanto ai consulenti del lavoro si constata la presenza di cinque organizzazioni originarie: SICLAM (Sindacato Consulenti del Lavoro della Lombardia Milano), UCLA (Unione Consulenti del Lavoro), SIRCLAV, FENASICL (Federazione nazionale sindacati consulenti del lavoro), ANCL (Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro) in cui nel 2002 sono confluiti anche i già citati SICLAM e UCLA.

⁶²⁸ Per gli avvocati si rileva la presenza di un associazionismo "sindacale" vario e risalente nel tempo (il primo sindacato fu istituito a Napoli nel 1944). Si annoverano così numerose associazioni minori a carattere locale (v. per es. l'Associazione Avvocati di Milano) o particolare (per es. Camere penali e Unione delle Camere penali, v. www.camerepenali.it, Associazione Italiana Giovani Avvocati, v. www.anpaitalia.it, Associazione Giuriste Italiane, v. www.agi-bo.it) che confluiscono poi nella Associazione Nazionale forense (ANF, v. www.associazionenazionaleforense.it).

⁶²⁹ Qui opera FEDERNOTAI (Federazione Italiana delle Associazioni Sindacali Notarili) nata a Milano il 27 novembre 1978 il cui scopo iniziale è di prendere parte alle trattative per la stipulazione del primo contratto di lavoro per i dipendenti degli studi professionali, ma ben presto assume scopi molto più ampi. Cfr. l'art. 3 dello Statuto (in www.federnotai.it) secondo il quale la Federazione persegue "la rappresentanza sindacale in sede nazionale ed internazionale degli iscritti alle Associazioni aderenti per la difesa e la tutela dei diritti e degli interessi della categoria notarile, nei confronti di altre associazioni, federazioni o sindacati di altri ordini professionali, partiti politici, organi statali esecutivi o legislativi, istituti di credito, pubbliche amministrazioni, Ministeri, organismi istituzionali e non". E pertanto, Federnotai può stipulare contratti collettivi di lavoro, di assicurazione e di previdenza in genere; stipulare contratti e concludere accordi con autorità, società, enti ed organismi pubblici e privati, associazioni professionali ed interprofessionali, sindacati, ordini professionali, sia in sede nazionale che internazionale; promuovere, coordinare e valorizzare iniziative a carattere nazionale ed internazionale in campo sindacale, legislativo, professionale, culturale, tributario ed amministrativo di interesse o di vantaggio per la categoria; divulgare informazioni, studi, disposizioni legislative e regolamentari fra le Associazioni aderenti.

⁶³⁰ La FNSI (Federazione Nazionale della Stampa Italiana), costituita nel 1908 e rifondata nel 1944, che, riunendo le varie associazioni regionali dei giornalisti, costituisce – per espressa previsione statutaria - il sindacato nazionale unitario dei giornalisti italiani (cfr. lo Statuto in www.fnsi.it). La volontà di non distinguere in base alla tipologia del vincolo contrattuale emerge anche dalla struttura di tale organizzazione: il Congresso Nazionale (organo deliberante che si riunisce ogni tre anni) è composto da circa 300 delegati dei giornalisti, senza alcuna distinzione tra professionisti e pubblicisti; il Consiglio Nazionale (organo deliberativo a cui è affidato il compito di realizzare le decisioni e le deliberazioni congressuali) è composto da 56 consiglieri professionisti e 28 pubblicisti eletti in parte direttamente dal Congresso Nazionale e in parte dalle delegazioni delle associazioni regionali; il Presidente (rappresentante legale dell'associazione) è eletto direttamente dal Congresso Nazionale; la Giunta Esecutiva (organo di governo sindacale) è eletta dal Consiglio Nazionale e composta da 9 giornalisti professionisti e da 4 pubblicisti.

⁶³¹ Vedi la FIMP (Federazione Italiana Medici Pediatri), CI.Pe. (Confederazione Italiana Pediatri), FIMMG (Federazione Italiana Medici di Famiglia), SNUBCI (Sindacato Nazionale Autonomo Biologici Convenzionati Interni), AUIPI (Associazione Unitaria Psicologi Italiani), SICUS (Sindacato Italiano Chimici Dipendenti Unità Sanitarie Locali).

La frammentazione delle sigle rappresentative non pare, poi, influenzata dalla presenza o dall'assenza di professionisti subordinati all'interno della categoria: ogni associazione tende a rivolgersi a tutti i professionisti – subordinati o autonomi -, al più strutturandosi al proprio interno in modo da rappresentare anche le peculiarità di tali lavoratori (è così per i medici⁶³² e per i giornalisti).

Anche per quanto riguarda i contenuti di una futura contrattazione volta a tutelare le ragioni del lavoro professionale parasubordinato non è possibile sbilanciarsi troppo.

Si può solo sottolineare che le tutele richieste in quest'ambito non coincidono con quelle tradizionalmente proprie del lavoro subordinato, come dimostra l'esame dei contenuti dei contratti collettivi finora stipulati nell'area del lavoro parasubordinato in genere⁶³³.

Oltre alla questione della individuazione delle tariffe - comprensiva dell'individuazione delle modalità di calcolo del corrispettivo (a tempo, a percentuale ecc.) – i contratti collettivi potranno fissare le modalità e i tempi di pagamento, magari con la previsione di penali in caso di ritardo, o ancora, individuare regole in tema di recesso del committente, relative per es. alla forma, al preavviso, ad eventuali giustificazioni e/o penali.

È più difficile immaginare la previsione di diritti sindacali (quali permessi retribuiti o diritto di assemblea) a tutto campo. L'esperienza della contrattazione nell'area del lavoro parasubordinato in genere dimostra che di solito i diritti sindacali vengono riconosciuti dal contratto collettivo quando la controparte contrattuale è una pubblica amministrazione.

6. Liberi professionisti e strumenti di autotutela. Natura e contenuti del diritto di astensione per fini di protesta o rivendicazione di categoria.

L'altro tema rilevante sul piano dei rapporti collettivi concerne le eventuali ricadute delle più recenti riforme in tema di professioni sugli strumenti di autotutela dei liberi professionisti, sciopero e astensioni collettive dal lavoro.

Al riguardo non pare che l'affermarsi del principio di libera concorrenza - con la conseguente sottrazione alla competenza degli Ordini della difesa degli interessi più squisitamente corporativi e il possibile conseguente espandersi dell'area di intervento del sindacato e delle libere associazioni privatistiche - determini conseguenze significative sul piano del diritto (ma v. par. 8).

Sul piano dei fatti, d'altra parte, il ricorso a tali strumenti di autotutela è già alquanto frequente e diffuso. Si tratta di un fenomeno non esclusivo dell'area delle libere professioni, ma comune a tutto il settore dei servizi pubblici essenziali, dove l'elevata conflittualità è collegata alla particolare capacità vulnerante dell'azione di autotutela in grado di incidere sui diritti primari degli utenti. Le libere professioni, infatti, intervengono spesso in aree cruciali per la vita della collettività (sanità, giustizia, informazione) coinvolgendo così – in caso di astensione – i diritti della persona dei destinatari.

⁶³² Per es. lo SNAMI (Sindacato Nazionale Autonomo Medici Italiani), nato a Milano il 9 febbraio 1979, si propone di tutelare unitariamente tutti i medici – subordinati o autonomi - anche promuovendo l'introduzione di una legislazione che consenta ai medici di affiancare l'esercizio della libera professione al rapporto di dipendenza con lo Stato (cfr. lo Statuto approvato dal Congresso Nazionale il 20 maggio 2006, in www.snami.org).

⁶³³ Cfr. C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, 2006, pag. 123 ss.; A.M. GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Napoli, 2005, pag. 93 ss.

La discussione, dunque, va condotta con riguardo alla disciplina vigente ed il punto di riferimento non può che essere costituito dalle disposizioni della l. 146/1990 che ormai – dopo le modifiche apportate dalla l. 83/2000 – regola non più solo lo sciopero, ma in senso più ampio le astensioni collettive nell'ambito dei servizi pubblici essenziali.

Anche con riferimento a questo profilo rileva la distinzione fra liberi professionisti lavoratori parasubordinati e liberi professionisti lavoratori autonomi.

Ai primi, infatti, per opinione consolidata⁶³⁴, è riconosciuta nel nostro ordinamento la titolarità del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost., così nella sua dimensione di libertà nei confronti dello Stato come nella sua dimensione di diritto potestativo nei confronti della controparte contrattuale, il committente. In conseguenza l'astensione dei liberi professionisti parasubordinati, non costituendo inadempimento, non potrà dar luogo a ricadute sul piano privatistico.

Ai secondi la Corte costituzionale, prima, - con la sentenza 171/1996 relativa alle astensioni dalle udienze degli avvocati⁶³⁵ – e l'art. 2bis l. 146/1990, poi, hanno riconosciuto la titolarità di un diritto di astensione⁶³⁶, fondato sul principio di libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., la cui natura e i cui contenuti si presentano però alquanto problematici.

È da verificare se tale diritto rivesta un mero contenuto di libertà sul piano pubblicistico (cioè di immunità dal potere punitivo dello Stato) oppure un contenuto di libertà sul piano pubblicistico e di diritto potestativo sul piano privatistico (escludendosi così, in caso di esercizio, l'inadempimento del contratto) o ancora un contenuto non solo di libertà ma anche di pretesa sul piano pubblicistico (in particolare per l'avvocato il diritto-pretesa al rinvio dell'udienza).

L'ultima lettura in particolare - avallata dalla sentenza 171/1996 della Corte costituzionale⁶³⁷,

⁶³⁴ In dottrina cfr. per tutti G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari 2001, pag. 219 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli 2000, pag. 386 ss.

Cfr. Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *Foro It.*, 1978, I, c. 1630 ss. che ha riconosciuto la titolarità del diritto di sciopero in capo a tutti i lavoratori autonomi in condizione di parasubordinazione.

Già C. Cost. 17 luglio 1975, n. 222, in *Foro It.*, 1975, I, c. 1569 ss. aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 506 c.p. che incriminava la serrata degli esercenti di piccole industrie e commerci privi di lavoratori alle proprie dipendenze per contrasto con l'art. 40 Cost., qualificando dunque la loro astensione come sciopero.

⁶³⁵ C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171, in *Foro It.*, 1997, I, c. 1027 ss.

⁶³⁶ In verità C. Cost. 171/1996 è ambigua, poiché in più punti richiama un non meglio specificato diritto di *azione*. Tuttavia ampliare in questi termini il diritto riconosciuto ai lavoratori autonomi dalla Consulta è fuorviante di molti problemi, cosicché pare preferibile limitarne il contenuto alle sole *astensioni* dall'attività. Si tratta del resto di una conclusione conforme alle scelte del legislatore che nell'art. 2 bis l. 146/1990 (introdotto dalla l. 83/2000) si è limitato a riconoscere e disciplinare – bilanciandolo con i diritti della persona degli utenti – il diritto di astensione dal lavoro dei liberi professionisti.

In senso contrario cfr., però, Cons. Stato sez. IV 18 ottobre 2002, n. 5756, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, che ha ritenuto rientrare nel campo di applicazione della l. 146 una agitazione di farmacisti che avevano sospeso la fornitura di medicinali a credito agli assistiti del SSN, pretendendone il pagamento a prezzo pieno.

⁶³⁷ In effetti le questioni sottoposte alla Corte dal giudice remittente – e che hanno portato alla pronuncia di illegittimità dell'art. 2, 1 e 5 comma, l. 146/1990 – non avrebbero potuto essere esaminate, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, se non ammettendo una pretesa dell'avvocato al rinvio dell'udienza. Infatti solo ricostruendo in questi termini il diritto di astensione (con conseguente obbligo del giudice di disporre il rinvio) può comprendersi l'ulteriore percorso della Corte costituzionale, che si interroga sull'esistenza di suoi eventuali limiti, fondati su altri valori di rilevanza costituzionale, e, con la dichiarazione di incostituzionalità, trova nella legge 146/1990 un meccanismo di bilanciamento.

ma respinta in larga maggioranza dalla dottrina⁶³⁸ – ha effetti distorsivi sul sistema, finendo per attribuire a soggetti forti nel mercato (i professionisti lavoratori autonomi) uno strumento di lotta più pregnante ed incisivo di quello riconosciuto esplicitamente dalla Costituzione a soggetti socialmente ed economicamente deboli (i professionisti parasubordinati).

È opinione consolidata, infatti, che il diritto di sciopero non rivesta un contenuto di pretesa nei confronti del datore di lavoro⁶³⁹ e tanto più – si deve argomentare – nei confronti del potere pubblico.

Ma anche limitarsi a prendere atto che il diritto di astensione collettiva ha un contenuto di libertà comporta una rilettura profonda del principio della libertà di associazione posto dall'art. 18 Cost., come subito si dirà.

Esaminiamo ora partitamene i vari piani di incidenza del diritto di astensione – così come posto dalla pronuncia della Corte costituzionale e poi sancito dall'art. 2 bis l. 146/1990 – in modo da mettere in luce le differenze e le identità rispetto al diritto di sciopero propriamente inteso e le ripercussioni sul sistema costituzionale.

a) Il diritto di astensione – a differenza del diritto di sciopero - non riveste il contenuto del diritto potestativo sul piano privatistico (e il suo esercizio configura un inadempimento dell'obbligazione assunta dal professionista).

Il diritto di astensione dei liberi professionisti lavoratori autonomi – a differenza del diritto di sciopero proprio dei liberi professionisti parasubordinati – non riveste il contenuto del diritto potestativo verso la controparte. Che le cose stiano così si trae sia dalla pronuncia della Corte costituzionale 171/1996, che di questo profilo non si occupa⁶⁴⁰, sia dalla l. 146/1990 il cui unico piano di incidenza – in generale ed anche con riferimento alle astensioni dei lavoratori professionisti autonomi (art. 2 bis) – è quello del diritto pubblico⁶⁴¹.

⁶³⁸ Cfr. fra gli altri G. SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati, Corte costituzionale, Commissione di Garanzia e Consiglio Forense*, in *Questa Rivista*, 1997, n. 5, pag. 238; F. SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, pag. 566; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, 2001, pag. 92; L. MENGHINI, *Le regole applicabili allo "sciopero" degli avvocati e le competenze della Commissione di Garanzia dopo la sentenza 171/1996 della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, I, pag. 294; A. VALLEBONA, *Lo sciopero degli avvocati sotto l'arbitraria mannaia della Corte costituzionale*, in *Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 172; Id., *Limiti allo "sciopero" degli avvocati*, in *Questa Rivista*, 1997, pag. 152; E. GIANFRANCESCO, *"Sciopero" degli avvocati e costituzione*, Milano, 2002, pag. 44 ss.

V. però in senso opposto G. SANTORO PASSARELLI, *Sul cd. Sciopero degli avvocati*, in *Gazzetta giuridica Italia Oggi*, 1996, n. 23, pag. 4; nonché M.T. CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2bis, legge n. 146 del 1990*, in *Questa Rivista*, 2001, pag. 945 ss.

⁶³⁹ Come testimonia l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente in tema di crumiraggio interno, secondo il quale il datore di lavoro è sì in una posizione di soggezione a fronte del diritto potestativo di astensione del lavoratore e deve subire lo sciopero, ma il lavoratore non vanta una pretesa a che il datore non eserciti lo *ius variandi*. In merito al crumiraggio esterno, invece, è lo stesso legislatore ad escludere esplicitamente la libertà di assunzione di nuovo personale per fronteggiare il disservizio conseguente allo sciopero (cfr. per es. art. 3, D.Lgs. 368/2001 per il contratto a termine o l'art. 20, 4 comma, D.Lgs. 276/2003 per il contratto di somministrazione o, ancora, l'art. 34, 3 comma, D.Lgs. 276/2003 per il lavoro intermittente).

⁶⁴⁰ Cfr. per tutti F. SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, cit., pag. 466.

⁶⁴¹ Come ha chiarito a più riprese la stessa Corte costituzionale. Cfr. C. Cost. 8 luglio 1992, n. 317, in *Fori It.*, 1992, I, c. 2904 ss.; C. Cost. 20 febbraio 1995, n. 57, in *Lav. Giur.*, 1995, pag. 661; C. Cost. 23 febbraio 1996, n. 51, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 503. Mi sia consentito rinviare a M.T. CARINCI, *L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, pag. 187 ss.

In conseguenza mentre il libero professionista-lavoratore parasubordinato che si astiene dal lavoro non sarà inadempiente verso il committente, il professionista-lavoratore autonomo che si astenga dal lavoro lo sarà invece verso il cliente.

b) Il diritto di astensione – come il diritto di sciopero – ha natura di diritto di libertà e può interferire con alcune figure di reato. La metamorfosi della libertà di associazione.

Si è detto che la Corte costituzionale con la sentenza 171/1996 ha fondato in capo ai lavoratori autonomi un diritto di azione⁶⁴², traendolo dalla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., e che successivamente tale diritto, circoscritto più precisamente come diritto di astensione, è stato posto anche dall'art. 2 *bis* l. 146/1990.

Non può dubitarsi che tale posizione giuridica abbia natura di diritto pubblico di libertà e quindi implichi immunità, sul piano pubblicistico, dal potere punitivo dello Stato, sol che si ponga mente, da una parte, alla natura del diritto di associazione (che, appunto, è diritto di libertà) e, dall'altra, al piano di incidenza della l. 146/1990 (che disciplina la dimensione di libertà delle posizioni giuridiche considerate - diritto di sciopero e diritto di astensione -, ponendo doveri di stampo pubblicistico la cui violazione dà luogo all'applicazione necessaria di sanzioni civili⁶⁴³ e amministrative⁶⁴⁴).

Il fatto è, però, che l'art. 18 Cost. mal si presta a contenere un diritto di tal fatta. Nell'interpretazione assolutamente prevalente, infatti, la libertà di associazione, pur riconosciuta in modo ampio (quanto alle modalità organizzative, ai contenuti, ai mezzi) – è soggetta ad un limite teleologico: “i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, *per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*”.

Il significato di questo limite è quello di vietare al legislatore ordinario di *comprimere* la libertà associativa, depauperando così le posizioni dei cittadini associati rispetto a quello dei cittadini *tout court*.

In altre parole la Costituzione vuole che i fini che – lecitamente - il singolo può perseguire da solo, possano essere perseguiti anche dal singolo associato nel gruppo. Insomma la prescrizione dell'art. 18 Cost. mira a *parificare* la posizione dell'individuo associato a quella di ogni altro cittadino⁶⁴⁵.

Il diritto di astensione posto dalla Corte nella sentenza 171/1996 e poi ribadito dall'art. 2 *bis* l. 146/1990 ribalta quella impostazione, *ampliando* la posizione dell'associato rispetto alla posizione del cittadino individualmente considerato⁶⁴⁶.

In altre parole l'affermazione di un autonomo diritto di astensione *collettiva* per fini di protesta o

⁶⁴² Cfr. *supra* nota 79.

⁶⁴³ Cfr. art. 4, 4 *sexies* comma, l. 146/1990.

⁶⁴⁴ Cfr. art. 4, 4 comma, l. 146/1990.

⁶⁴⁵ In realtà la parificazione è tendenziale, non assoluta perché rimane la possibilità per il legislatore ordinario di depauperare – seppure di poco – la posizione dell'associato rispetto alla posizione del singolo, perseguendo le associazioni per delinquere. L'art. 18 Cost., infatti, vieta non le associazioni in cui gli associati realizzino, *uti soci*, gli stessi fatti che la legge penale vieta ai singoli, ma le associazioni nelle quali quei fatti siano assunti soltanto come scopi.

⁶⁴⁶ Così P. DI NICOLA, G. GUZZETTA, “Esercizio del diritto” e suo abuso. *L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 460 ss.

di rivendicazione di categoria implica che al singolo associato sia riconosciuto – sul piano del diritto pubblico – una posizione di immunità più ampia di quella attribuita al singolo individualmente considerato.

La posizione assunta dalla Corte costituzionale e poi dal legislatore stride, dunque, sul piano costituzionale. Ma all'interprete non resta che prendere atto, allo stato, delle scelte dell'ordinamento.

Ecco allora che, così configurato, il diritto di astensione collettiva è in grado, in quanto diritto di libertà, di interferire con una serie di fattispecie penali.

Vengono in considerazione prima di tutto i reati commissivi mediante omissione che possano essere commessi tramite la semplice astensione dell'attività da parte di chi eserciti un servizio pubblico.

Si pensi all'art. 331 c.p. ("Interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità") o all'art. 340 c.p. ("Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità"), ma anche all'art. 589 c.p. ("Omicidio colposo") all'art. 593 c.p. ("Omissione di soccorso").

Al riguardo possono darsi due situazioni.

La prima si realizza nel caso in cui l'astensione sia stata attuata nel pieno rispetto delle regole della l. 146/1990. In questo caso è ragionevole ritenere che le fattispecie criminose non si realizzino. Infatti l'art. 40, 2 comma, c.p. richiede che l'evento sia stato cagionato mediante la violazione di un obbligo di impedirlo⁶⁴⁷. Obbligo che proprio la stessa l. 146/1990 esclude, fondando al contrario un diritto di astensione.

La seconda, invece, ricorre quando le regole della l. 146/1990 siano state violate. Qui, al contrario, è integrato il presupposto giuridico richiesto dall'art. 40, 2 comma, c.p., perché l'obbligo giuridico di evitare l'evento discende dall'obbligo giuridico di prestare (cioè l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili) posto dalla l. 146/1990⁶⁴⁸.

Nessuna incidenza, viceversa, ha l'art. 2 bis l. 146/1990 rispetto a condotte commissive. Potrebbe venire qui in considerazione l'art. 340 c.p. che non è riferito alle sole astensioni, ma punisce anche e prima di tutto condotte attive che turbino il servizio pubblico. In questi casi il diritto – che ha appunto un puro contenuto di astensione – non esiste. Dunque non dovrebbero trovare applicazione le regole e le sanzioni previste dalla l. 146, ma unicamente la disciplina ordinaria, in particolare penale.

c) Il diritto di astensione – a differenza del diritto di sciopero – riveste contenuto di pretesa nei confronti del potere pubblico, ma non dà sempre e comunque diritto di per sé al rinvio dell'udienza. Il rilievo di altri interessi pubblici – diversi dai diritti della persona degli utenti – che il giudice deve

⁶⁴⁷ Questa è l'impostazione assunta da Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 1997, in Cass. pen., 1998, pag. 456 ss. (resa però prima delle modifiche apportate alla l. 146/1990 dalla l. 83/2000).

⁶⁴⁸ C'è da chiedersi se in un'ipotesi del genere debbano trovare applicazione anche le sanzioni amministrative poste dalla stessa l. 146/1990. Se si osserva che l'illecito amministrativo previsto da quest'ultima si configura tutte le volte che le regole siano state violate, a prescindere dalla realizzazione di un evento, mentre che le fattispecie criminose sopra considerate postulano un evento (interruzione o turbativa di pubblico servizio, morte di un uomo), ma sono indifferenti alle modalità della condotta, deve concludersi per la soluzione positiva. Il rapporto fra le fattispecie di illecito penale e quelle di illecito amministrativo è di specialità reciproca e comporta, non potendosi applicare l'art. 9 l. 689/1981, riferibile alla sola specialità unilaterale, l'applicazione di entrambe.

considerare e bilanciare in sede di decisione sul rinvio.

L'ultima possibile dimensione del diritto di astensione è quella di pretesa nei confronti del potere pubblico. Una dimensione – lo si è già osservato – ulteriore rispetto alla tradizionale configurazione del diritto di sciopero, che invece non la conosce. Anche per questo aspetto dunque il diritto di astensione stride rispetto all'impianto costituzionale, in quanto attribuisce a soggetti non in posizione di debolezza socio-economica (i professionisti lavoratori autonomi) una posizione di maggior tutela rispetto a soggetti effettivamente deboli (i professionisti lavoratori parasubordinati).

Si è sottolineato come il contenuto di pretesa del diritto di astensione fosse implicito nella sentenza n. 171/1996 della Corte costituzionale. È vero che di questo profilo l'art. 2 *bis* l. 146/1990 sembra disinteressarsi. Tuttavia l'interpretazione delle norme della l. 146/1990 non può andare disgiunta dalla considerazione della sentenza della Corte costituzionale 171/1996, che – come fonte di rango primario⁶⁴⁹ – ha comunque modificato l'ordinamento, incorporando quella posizione di pretesa nelle norme modificate con la declaratoria di illegittimità costituzionale (art. 2, 1 e 5 comma, l. 146/1990).

È dunque la stessa l. 146 dopo la pronuncia della Consulta e ancor più dopo le modifiche introdotte dalla l. 83/2000, che ne costituiscono specifica attuazione, che presupponendolo fonda il contenuto di pretesa del diritto di astensione.

Si tratta ora di verificare quali ne siano i confini, ovvero quando, con riferimento all'ipotesi più rilevante l'astensione dall'avvocato dall'udienza⁶⁵⁰ in adesione ad una agitazione di categoria determini necessariamente il rinvio dell'udienza.

Si pongono qui problemi di bilanciamento di valori in conflitto a risolvere i quali il giudice è chiamato dalle norme dei codici di rito. Un conflitto fra diritto di astensione – da una parte – e – dall'altra – diritti della persona degli utenti (diritto di difesa, art. 24 Cost.; diritto di libertà personale, art. 13 Cost.) e interesse pubblico al regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia (artt. 111 e 112 Cost.; art. 97 Cost.).

A ben vedere la l. 146 offre criteri di giudizio per risolvere solo il primo di quei conflitti, ponendo regole solo per bilanciare il diritto di astensione collettiva con i diritti della persona degli utenti costituzionalmente tutelati. Dunque, ove l'astensione sia effettuata nel pieno rispetto delle regole della l. 146, i diritti della persona non potranno dirsi eccessivamente sacrificati, il bilanciamento potrà dirsi corretto e l'avvocato avrà diritto – sotto questo angolo visuale - al rinvio

⁶⁴⁹ Secondo un'autorevole opinione le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme di legge sono da considerare fonti del diritto di rango sub-costituzionale, cfr. A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pag. 527 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in SCIALOJA E BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1977, pag. 274.

⁶⁵⁰ La giurisprudenza nega rilievo ad altre possibili manifestazioni del diritto-pretesa di astensione degli avvocati. Cfr. Cass., 24 novembre 2005, n. 24816, in *Juris data on line - banca dati*, Milano, che precisa che "l'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria deliberata dal Consiglio nazionale forense dà facoltà ai professionisti di astenersi dalla partecipazione alle attività di udienza (civile e penale), ma – ferma restando la previsione dello svolgimento delle attività di patrocinio nelle ipotesi puntualmente descritte – non legittima l'astensione dall'attività di deposito degli atti processuali. Ne consegue che va escluso il prolungamento del termine per riassumere il processo per un numero di giorni pari a quello delle giornate interessate dai cosiddetti "scioperi degli avvocati". Nello stesso senso Cass., 9 novembre 2004, n. 21344, *ibidem*.

dell'udienza. Sempre sul presupposto che vi sia qualcuno che abbia interesse ad una celere definizione del giudizio: realisticamente la parte nel processo civile.

Rimane estraneo, invece, al raggio di azione della l. 146/1990 il bilanciamento del diritto di astensione con altri valori, pur di rilievo costituzionale, quale il regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia⁶⁵¹. Sotto questo profilo l'interesse dell'avvocato all'astensione può combaciare con l'interesse del cliente a ritardare i termini del procedimento, in particolare dell'imputato che miri alla prescrizione del reato o alla perdita di efficacia della misura cautelare.

Sotto questo diverso angolo visuale, dunque, il rispetto delle regole della l. 146/1990 non garantisce all'avvocato il diritto a partecipare al processo (dunque il diritto sempre e comunque al rinvio dell'udienza).

7. Il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990: gli Ordini professionali sono titolari della facoltà di proclamare l'astensione collettiva e sono soggetti a sanzioni?

Qualche problema, infine, pone il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990.

La prima questione riguarda i soggetti che possono proclamare l'azione di lotta.

In effetti non di rado sono stati gli Ordini professionali a proclamare l'astensione per avversare scelte del potere politico, per es. in tema di riforme nel campo della giustizia o in tema di riforme concernenti la stessa professione⁶⁵².

Ma gli Ordini sono titolari della facoltà di proclamare l'astensione? Oppure tale facoltà non rientra nelle loro competenze?

Ne consegue, poi, una ulteriore questione: gli Ordini sono passibili di sanzioni in caso di violazione delle regole in tema di proclamazione, comunicazione, indicazione della motivazione, preavviso e "in ogni altro caso di violazione dell'art. 2, 3 comma" (cfr. art. 4, 4 comma, secondo periodo)?

La l. 146/1990 non aiuta: l'art. 2, 1 comma, si riferisce semplicemente ai "soggetti che proclamano lo sciopero"; l'art. 4, 2 comma, secondo periodo, a "le associazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori"⁶⁵³.

⁶⁵¹ Cfr. Cass. pen. I sez. 13 dicembre 2001, in *Giur. It.*, 2003, II, c. 1900 ss. Per un riepilogo dei vari orientamenti giurisprudenziali sul punto cfr. D. POLETTI, *L'astensione collettiva degli avvocati dalle udienze*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3009 ss.

⁶⁵² Come del resto risulta sia dalle Relazioni annuali sulla attività della Commissione di Garanzia, nonché dalle sue delibere entrambe in www.commissione-garanziasciopero.it.

V. in particolare la delibera n. 05/617 del 9 novembre 2005, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ariano Irpino; delibera 02/8 del 17 gennaio 2002, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 02/7 del 17 gennaio 2002, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 98/729-9.18 del 29 ottobre 1998 relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Gorizia; la delibera 98/485-8.16 del 16 luglio 1998 relativa ad una astensione proclamata – fra gli altri – dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ariano Irpino; la delibera 98/486-8.17 del 16 luglio 1998, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Foggia; la delibera 98/196-9.38 del 19 febbraio 1998, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 97/440.9.14 del 12 giugno 1997 relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi.

⁶⁵³ Ma un'altra e connessa questione riguarda i soggetti deputati ad individuare i codici di autoregolamentazione. In merito l'art. 2 bis, 1 comma, individua tali soggetti – ancora una volta genericamente - nelle "associazioni e [negli] organismi di rappresentanza delle categorie interessate". Con riferimento agli avvocati, tuttavia, non esiste allo stato un codice di autoregolamentazione valutato idoneo

L'estrema genericità del dettato normativo – ed in particolare dell'art. 2, 1 comma, che pone regole simultaneamente per lavoro subordinato e autonomo - si spiega del resto con la volontà di non incidere neppure in via indiretta sulla titolarità del diritto di sciopero, evitando di restringere in qualsiasi modo il novero dei soggetti sindacali che possono proclamarlo.

Sul punto la dottrina è divisa⁶⁵⁴.

Si pone qui a ben vedere – sotto altra prospettiva – la questione di quali siano gli interessi che gli Ordini sono deputati a rappresentare e in conseguenza di quali siano gli strumenti giuridici a loro disposizione. Insomma, il problema che ancora una volta ritorna è se gli Ordini siano espressione dell'interesse corporativo e possano utilizzare dunque gli strumenti che l'ordinamento appresta per la sua difesa; oppure siano soggetti deputati a perseguire in primo luogo l'interesse pubblico generale e come tali privi degli strumenti propri dell'agire dei gruppi.

Se però – come si è tentato di evidenziare – la tendenza dell'ordinamento è nel senso di riportare gli Ordini nei confini segnati dalla difesa dell'interesse pubblico generale, non può che essere salutata con favore quella giurisprudenza della Commissione di Garanzia che tende a disconoscere la titolarità in capo agli Ordini del potere di proclamare l'astensione⁶⁵⁵.

Si evitano così anche quelle vere e proprie aberrazioni, che la confusione di piani e di interessi ha in qualche caso prodotto⁶⁵⁶. E cioè che gli Ordini si ritengano investiti non solo della facoltà di proclamare l'astensione – rimanendo, dunque, i singoli professionisti liberi di aderire o meno all'azione di lotta, in quanto titolari in prima persona del diritto di astensione -, ma i titolari del potere di ordinare l'astensione, a fronte del quale i singoli – in questa prospettiva non più titolari di un diritto, ma di un dovere - sono tenuti ad astenersi dall'attività, pena l'applicazione di sanzioni disciplinari.

Non si può disconoscere, tuttavia, che, allo stato, l'adeguamento alle indicazioni della Commis-

dalla Commissione e la materia è per ora disciplinata dalla provvisoria regolamentazione della Commissione di Garanzia delibera 02/137 del 4 luglio 2002. Sulle vicende che hanno portato alla emanazione della provvisoria regolamentazione e in merito ai suoi contenuti cfr. G. Ghezzi, *Sciopero dei magistrati e "sciopero" degli avvocati nelle valutazioni della Commissione di Garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, pag. 113 ss.

⁶⁵⁴ In senso contrario alla possibilità di ricomprendere gli Ordini fra gli "organismi rappresentativi" cfr. F. SANTONI, *Lo sciopero*, Napoli, 2001, pag. 150; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, cit., pag. 106 ss.; P. PASCUCCI, *Le sanzioni*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2000, 123 s.; G. Ghezzi, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 697.

In senso favorevole, invece, L. GALANTINO, *L'astensione dei lavoratori autonomi*, in *Relazione sull'attività della Commissione*, 1 ottobre 2001-31 luglio 2002, in www.commissione-garanzia-sciopero.it; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2003, pag. 86 nota 50; A. PILATI, *Il conflitto collettivo nel lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2000, pag. 81.

⁶⁵⁵ Cfr. in particolare la delibera 02/8 del 17 gennaio 2002, cit., che rileva "l'irrivalenza della proclamazione da parte del Consiglio dell'Ordine in quanto organo di rappresentanza istituzionale e non ente esponentiale di rappresentanza sindacale degli interessi della categoria forense"; nello stesso senso delibera 02/7 del 17 febbraio 2007.

⁶⁵⁶ Cfr. la delibera 97/344-15.1 del 8 maggio 1997 della Commissione di Garanzia, relativa ad un caso in cui il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Agrigento aveva aperto un procedimento disciplinare a carico di un avvocato che non aveva inteso aderire all'astensione proclamata dallo stesso Ordine; la Commissione aveva dichiarato la propria incompetenza.

sione è solo formale: accade spesso che sia l'assemblea dei professionisti presieduta dal Presidente del Consiglio dell'Ordine a proclamare l'astensione, l'una e l'altro non nella loro veste istituzionale di organi dell'ente pubblico, ma nella loro generica qualità, l'una, di gruppo di professionisti e, l'altro, di professionista autorevole.

Il fatto che stabili organismi rappresentativi - che pure esistono e sono numerosi - non si assumano in molti casi l'onere di proclamare l'astensione rende, poi, particolarmente gravosa la sanzione in caso di mancato rispetto delle regole.

L'art. 4, 4 comma, l. 146/1990, infatti, fa gravare in solido su ogni singolo professionista e sull'organismo rappresentativo la sanzione amministrativa pecuniaria (che va da 2.582 Euro a 25.582 Euro), con la conseguenza che ciascun professionista che abbia partecipato all'astensione irregolare potrà essere chiamato a rispondere per l'intero, salvo il successivo diritto di rivalsa nei rapporti interni verso il gruppo e gli altri compartecipanti (v. art. 1292 c.c.).

In dottrina si è sottolineato come quella prevista dalla norma sia "una solidarietà che, se veramente tale non convince, vuoi per l'evidente normale sproporzione di capacità economica dei diversi debitori solidali – soggetti collettivi e individuali, questi ultimi soltanto, spesso, realmente solvibili – rispetto ad uguale elevato ammontare, vuoi per la difficoltà pratica di accertare tutte le singole adesioni all'astensione collettiva e di colpirne, teoricamente, tutti gli autori"⁶⁵⁷.

Nell'impossibilità, tuttavia, di sterilizzare il dato normativo, che fa esplicito richiamo ad una obbligazione solidale, sembra corretto comminare la sanzione non ad un inesistente organismo collettivo⁶⁵⁸, ma ad ogni singolo partecipante all'astensione, compreso il Presidente dell'assemblea⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Cfr. G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., pag. 690. V. altresì F. SANTONI, *L'esercizio del potere sanzionatorio della Commissione di Garanzia*, in *Relazione dell'attività della Commissione*, 1 ottobre 2001-31 luglio 2002, in www.commissonegaranzia.sciopero.it; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, cit., pag. 119.

⁶⁵⁸ Non pare che nel caso esaminato possa riconoscersi un'associazione non riconosciuta. È discutibile, infatti, che i partecipanti all'assemblea intendano assumere con la stipulazione di un vero e proprio contratto l'impegno a perseguire l'interesse comune (cfr. M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, Milano, 1984, 1, pag. 348; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di) *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1976, pag. 11). Ma anche volendo ragionare in questi termini non si risolve il problema: l'associazione sarebbe comunque priva di un proprio patrimonio.

⁶⁵⁹ Cfr. la delibera 02/113 del 6 giugno 2002 della Commissione di Garanzia.