

► C.N.F., ord. 30.1.2013, n. 1

AVVOCATO - ABOGADO - DIRITTO DI STABILIMENTO - TENUTA DEGLI ALBI - LIBERTÀ DI CONCORRENZA - ABUSO DEL DIRITTO EUROPEO - DOMANDA DI ISCRIZIONE - QUESTIONE PREGIUDIZIALE COMUNITARIA (direttiva 98/5/CE, art. 3)

L'art. 3 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.2.1998 non obbliga le autorità amministrative nazionali ad iscrivere nell'elenco degli avvocati stabiliti cittadini italiani che abbiano realizzato contegni abusivi del diritto europeo, e consente a tali autorità di respingere le domande di iscrizione, qualora sussistano circostanze oggettive tali da ritenere realizzata la fattispecie abusiva, fermi restando il rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione e il diritto dell'interessato di agire in giudizio per far valere eventuali violazioni del diritto di stabilimento.

dal testo:

Il fatto. 1. Il dott. A.A.T. il 17 marzo 2012 – dopo soli tre mesi dall'ottenimento del titolo di abogado in Spagna – depositava presso l'Ordine degli avvocati di M. domanda per l'iscrizione nella sezione speciale dell'Albo degli avvocati dedicata agli Avvocati stabiliti. In essa narrava, allegando la relativa certificazione:

- di essere iscritto, quale *Abogado ejerciente*, presso l'*Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife* dal 1 dicembre 2011;
- di essere cittadino italiano, residente in M.;
- di aver fissato il proprio domicilio professionale in Pollenza (MC), «nella circoscrizione del Tribunale di M.»;
- di impegnarsi ad agire di intesa con un collega italiano, individuato nell'avv. Carlo T.;
- di non versare in nessuna delle ipotesi di incompatibilità previste dalla legislazione italiana.

2. Di conseguenza, come anticipato, chiedeva al Consiglio dell'Ordine di M. l'iscrizione presso la sezione speciale degli Avvocati stabiliti in forza dell'art. 6 del d.lgs. n. 96 del 2001

con il quale lo Stato italiano ha recepito la Direttiva 98/5/CE «volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica».

3. Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati non si pronunciava sull'istanza di iscrizione nel termine dei trenta giorni previsti dall'art. 6, comma 6 del d.lgs. n. 96/2001, cit.

4. Pertanto il dott. Abogado A.A.T., con ricorso depositato il 19 aprile 2012, adiva codesto giudice ai sensi dell'art. 6, comma 8, del d.lgs. n. 96/2001 cit. a tenore del quale «Qualora il Consiglio dell'ordine non abbia provveduto sulla domanda nel termine di cui al comma 6, l'interessato può, entro dieci giorni dalla scadenza di tale termine, presentare ricorso al Consiglio nazionale forense, il quale decide sul merito dell'iscrizione».

I motivi. 5. Il ricorrente chiede che il Consiglio nazionale forense si pronunci favorevolmente sulla spiegata istanza di iscrizione nella sezione speciale dell'albo degli Avvocati stabiliti, in quanto l'attività in parola si configurerebbe come «atto dovuto del C.O.A. subordinato alla sola presentazione dell'unico requisito richiesto dalla normativa [...]», individuato nella «“iscrizione dell'istante presso la competente organizzazione professionale dello Stato membro” (art. 6 D.lgs. 97/2001)» (così il ricorso di parte).

6. A sostegno della propria prospettazione il ricorrente richiama *a)* la libertà di stabilimento «tutelata a livello comunitario con conseguente eliminazione di qualsivoglia attinente restrizione»; *b)* la giurisprudenza europea e, segnatamente, la sentenza resa causa C-506/09 Wilson del 19 settembre 2006 ove il «certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro di origine» viene individuato quale «unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione nello Stato membro ospitante [...]»; *c)* la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana n. 28340 del 22 dicembre 2011, nella quale si afferma «l'illegittimità di ogni ostacolo frapposto, al di fuori delle previsioni della normativa comunitaria, al riconoscimento, nello Stato di appartenenza, del titolo professionale ottenuto dal soggetto interessato in altro Stato membro [...]».

7. Ritiene, perciò, sia «illegittima o, comunque, indebita la mancata delibera del C.O.A. di M. nei termini di legge, dove peraltro già risultano iscritti altri avvocati stabiliti» e denuncia, pertanto, il principio della «parità di trattamento a base della libertà di stabilimento, così come previsto oltre che dal “considerando” n. 65 della Direttiva 2006/123/CE, anche dall’art. 14bis della L. 11/05 sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo della U.E. e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari».

Il contesto normativo europeo

8. Quale corollario della libertà di stabilimento generalmente intesa, la Direttiva 98/5/CE consente *a)* di esercitare nello Stato membro ospitante con la propria qualifica professionale di origine, a condizione di “registrarsi” presso l’autorità locale competente (artt. 2, 3 e 4). Ai fini di tale adempimento la Direttiva prevede che tale autorità proceda «all’iscrizione dell’avvocato su presentazione del documento attestante l’iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine» (art. 3, 2° comma, 1° capoverso) – *b)* agli avvocati in possesso del titolo professionale del proprio Paese di origine, di conseguire il titolo di avvocato dello Stato Membro ospitante a condizione che abbiano esercitato per almeno tre anni un’attività effettiva e regolare in quest’ultimo (articolo 10).

Nel Preambolo, la Direttiva giustifica l’azione dell’Unione e motiva le scelte normative operate nella parte dispositiva facendo chiaro riferimento all’ipotesi di un avvocato che, formatosi in uno Stato membro e dunque acquisite conoscenze sull’ordinamento dello Stato di origine, intende esercitare la sua attività in un altro Stato membro, estraneo alla sua formazione iniziale. In tale contesto, la Direttiva giustifica alcune cautele finalizzate ad una elevata protezione degli utenti dei servizi professionali. Al Considerando n. 5 si precisa che “un’azione comunitaria in materia è giustificata non solo perché rispetto al sistema generale di riconoscimento offre agli avvocati un metodo più semplice che consente loro di integrarsi nella professione di uno Stato membro ospitante, *ma anche perché, dando agli avvocati la possibilità di esercitare stabilmente con il loro titolo professionale d’origine in uno Stato mem-*

bro ospitante, risponde alle esigenze degli utenti del diritto, che a motivo del flusso crescente delle attività commerciali, dovuto particolarmente alla creazione del mercato interno, chiedono consulenze in occasione di operazioni transfrontaliere nelle quali si trovano spesso strettamente connessi il diritto internazionale, il diritto comunitario e i diritti nazionali” (enfasi aggiunta). Al Considerando n. 9 si aggiunge che “gli avvocati non integrati nella professione dello Stato membro ospitante sono tenuti ad esercitare nello Stato membro ospitante con il titolo professionale di origine, onde garantire la corretta informazione dei consumatori e permettere di distinguere questi avvocati e gli avvocati dello Stato membro ospitante che esercitano con il titolo professionale rilasciato da quest’ultimo”. Infine, al Considerando n. 14, si sostiene in maniera ancora più significativa che “la presente direttiva permette agli avvocati di esercitare la loro attività in un altro Stato membro con il proprio titolo professionale di origine anche allo scopo di facilitare loro l’ottenimento del titolo professionale dello Stato membro ospitante; che, a norma degli articoli 48 e 52 del trattato, come interpretati dalla Corte di giustizia, lo Stato membro ospitante è comunque tenuto a prendere in considerazione l’esperienza professionale acquisita nel suo territorio; che, dopo tre anni di attività effettiva e regolare svolta nello Stato membro ospitante e riguardante il diritto di questo Stato membro, ivi compreso il diritto comunitario, *è lecito presumere che tali avvocati abbiano acquisito le competenze necessarie per integrarsi completamente nella professione di avvocato dello Stato membro ospitante; che al termine di tale periodo l’avvocato in grado, con riserva di una verifica, di comprovare la propria competenza professionale nello Stato membro ospitante, deve poter ottenere il titolo professionale di tale Stato membro (...)*”.

Appare quindi estranea agli obiettivi della Direttiva, quali esposti nel suo Preambolo, la situazione di un soggetto che, ottenuta la laurea in giurisprudenza in uno Stato membro ma non il titolo di avvocato, si reca in un altro Stato membro al solo scopo di acquisire detto titolo per poi ritornare immediatamente nel Paese di origine per svolgere la sua attività professionale.

Il contesto normativo nazionale

9. L'accesso alla professione forense in Italia è subordinato al superamento di un esame di Stato, al quale può accedere il laureato in giurisprudenza dopo lo svolgimento di un periodo di tirocinio professionale della durata di diciotto mesi. Detto obbligo, introdotto da un atto avente forza di legge già nel 1933 (R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578), ha poi trovato un significativo accoglimento nell'art. 33, comma 4, della Costituzione repubblicana del 1948. Il superamento dell'esame consente l'iscrizione agli albi forensi.

La materia della tenuta degli albi forensi, ivi comprendendo i diversi procedimenti di iscrizione e cancellazione, è affidata ai Consigli dell'Ordine degli avvocati istituiti presso ciascun circondario di Tribunale (art. 14 e segg., R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578). Nel caso l'interessato abbia a dolersi di un contegno non conforme alla legge da parte dell'Ordine può proporre ricorso al Consiglio nazionale forense (art. 31, R.D.L. cit.) e le decisioni di quest'ultimo – giudice speciale istituito con D.Lgs. Lgt. 23 novembre 1944, n. 382 – sono a loro volta impugnabili per motivi di legittimità dinanzi alle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione.

10. Un sistema analogo, pur caratterizzato da profili di specialità, è stato conformato dal legislatore italiano con riferimento alla materia del diritto di stabilimento degli avvocati provenienti da Stati membri dell'Unione in attuazione di quanto stabilito dalla Direttiva 98/5/CE.

11. In particolare, il d.lgs. n. 96 del 2001 si occupa dello stabilimento degli avvocati – fattispecie che in questa sede più specificamente attiene – al Capo II del Titolo I, dedicato, per l'appunto, all'«Esercizio permanente della professione di avvocato con il titolo professionale di origine». A tenore dell'art. 6 per esercitare la professione in Italia con il titolo conseguito nel Paese d'origine, i cittadini degli Stati membri debbono richiedere al Consiglio dell'Ordine circondariale presso il quale hanno fissato stabilmente la loro residenza o il loro domicilio professionale l'iscrizione nella apposita «sezione speciale dell'albo». L'iscrizione è subordinata all'intervenuta e costante iscrizione dell'istante presso la competente organizzazione professionale del Paese di origine. La domanda

deve essere corredata dai documenti comprovanti la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea; la residenza o il domicilio professionale; l'iscrizione all'organizzazione professionale dello Stato membro d'origine in data non anteriore a tre mesi dalla data di presentazione. Ai sensi del comma 6, dell'art. 6, del citato decreto, il Consiglio dell'Ordine, entro trenta giorni dalla presentazione della domanda o dalla sua integrazione, «accertata la sussistenza della condizioni richieste, qualora non ostino motivi di incompatibilità, ordina l'iscrizione nella Sezione Speciale e ne dà comunicazione alla corrispondente autorità dello Stato membro di origine». Il comma 7 prevede, infine, che il rigetto della domanda non possa essere pronunciato se non dopo avere sentito l'interessato, il quale, ove il Consiglio circondariale non abbia provveduto entro il termine previsto, può, entro dieci giorni dalla scadenza del termine, presentare ricorso al Consiglio Nazionale Forense.

12. L'iscrizione, come hanno avuto modo di precisare di recente sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28340) sia questo Collegio (Consiglio nazionale forense, 26 gennaio 2012, n. 50), costituisce un atto vincolato, subordinato alla ricorrenza del presupposti stabiliti dalla Direttiva europea e dalla normativa italiana ed individuati principalmente nella cittadinanza comunitaria, e nell'iscrizione all'organizzazione professionale nello Stato d'origine.

La giurisprudenza comunitaria

13. Anche codesta Corte, d'altronde, ha preso espressamente in considerazione, escludendola, la possibilità per lo Stato membro ospitante di introdurre ulteriori condizioni cui subordinare il diritto di un avvocato ad esercitare stabilmente l'attività professionale in altro Stato membro (C 506/09 *Wilson* del 19 settembre 2006). Nel caso di specie, il Paese ospitante (il Lussemburgo) condizionava l'iscrizione alla Sezione Speciale dell'Albo degli avvocati al superamento di una prova di conoscenza delle tre lingue in uso nella legislazione lussemburghese. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, ha sul punto statuito che «l'unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di esercitare la sua attivi-

tà in quest'ultimo Stato membro con il suo titolo professionale d'origine» è «la presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro [di provenienza]» (corsivo aggiunto).

14. Fermandosi a tale considerazione, dunque, il Consiglio nazionale forense, quale giudice del merito dovrebbe limitarsi a verificare la ricorrenza del requisito e, di conseguenza, accogliere la domanda di iscrizione.

15. Peraltro, occorre ricordare che la direttiva 98/5, in quanto fonte di diritto dell'Unione Europea c.d. derivato, deve essere a sua volta interpretata alla luce delle fonti che, in tale ordinamento, sono dotate di rango sovraordinato, quali, in particolare, il principio generale del divieto del c.d. abuso del diritto e l'obbligo del rispetto delle identità nazionali, quali riflesse nelle regole costituzionali, di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Qualora, di contro, detta direttiva si rivelasse lesiva del contenuto essenziale di tali principi, la stessa dovrebbe ritenersi invalida e conseguentemente, se l'invalidità è accertata dalla Corte di Giustizia, improduttiva di effetti sul piano interno.

16. Il principio secondo cui «gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario» figura fra i principi generali dell'ordinamento dell'Unione (v. le conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola Causa C-212/97, *Centros*) ed è costante nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (V. sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, punto 34).

17. La nozione di abuso del diritto trae origine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e consiste, essenzialmente, in quel principio generale che vieta il comportamento di chi, pur nel rispetto formale delle condizioni poste dal diritto UE, si proponga di ottenere un vantaggio derivante dalle norme UE mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento (in questi termini, fra le molte pronunce, 21.2.2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, *Raccolta*, p. I-1609, punti 68, 76, 77; 12.9.2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Raccolta*, p. I-7995, punto 35; 23.10.2008, causa C-286/06, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, p. I-8025, punti 69, 70; conclusioni dell'avvocato generale Poiares Madu-

ro causa C-311/06, *Cavallera*, *Raccolta*, p. I-415, punti 43-48; conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak causa C-118/09, *Koller*, punti 80-87). Da detta giurisprudenza risulta, in particolare, che uno Stato membro «ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»⁽¹⁾. Il divieto di abuso del diritto è sancito anche dall'art. 54 Carta dei diritti fondamentali della UE.

18. Tra tali misure figura, innanzitutto, il potere degli Stati di verificare la sussistenza di ipotesi di abuso del diritto. Tale accertamento deve essere effettuato a livello nazionale, sulla base delle regole procedurali dello Stato membro in questione nel rispetto però dei principi di effettività ed equivalenza. L'accertamento di un'ipotesi di abuso comporta, a seconda dei casi, la non applicazione di una regola di diritto dell'Unione alle pratiche abusive, ovvero la giustificazione delle eventuali misure adottate dagli Stati membri per prevenire o porre fine ai casi di abuso (sentenza 30 settembre 2003, C-167/01; *Inspire art*, punto 136-139; *Thin Cap*, C-525/2004, punti 71-80).

19. Nella sentenza *Emsland Stärke* (Sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99) la Corte ha precisato che, per accertare l'esistenza di comportamenti abusivi, occorre la compresen-

(¹) Sentenza 9 marzo 1999, Causa 212/97, *Centros*, punto 24; v., inoltre nel settore della libera prestazione dei servizi, sentenze 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, punto 13; 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie*, punto 12, e 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10*, punto 21; in materia di libertà di stabilimento, sentenza 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, punto 14; in materia di libera circolazione dei lavoratori, sentenza 21 giugno 1988, causa 39/86, *Lair*, punto 43. Con particolare riferimento all'attività professionale, sentenza 7 febbraio 1979, *J. Knoors.*, punto 25: «non si può... non tener conto dell'interesse legittimo che uno stato membro può avere ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero delle leggi nazionali in materia di preparazione professionale».

za di due elementi: da un lato, di «un insieme di *circostanze oggettive* dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto» e, dall'altro, di «un *elemento soggettivo* che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento».

Proprio in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali, nella sentenza *Cavallera* la Corte di Giustizia ha statuito che «*Le disposizioni della direttiva 89/48, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, non possono essere invocate, al fine di accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante, da parte del titolare di un titolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non sanziona alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro*» (sentenza 29 gennaio 2009, C-311/06, punto 59; corsivo aggiunto). La Corte ha anche affermato che i cittadini di uno Stato membro non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal diritto comunitario, di sottrarsi abusivamente all'impero delle loro leggi nazionali (sentenza *Commissione c. Spagna*, cit., punto 69). Parimenti si è affermato (conclusioni dell'avvocato generale Poiars Moduro cit., spec. punti 51, 54, 55) che se «*un accesso più vantaggioso ad una professione*» in uno Stato diverso da quello ove si sono seguiti gli studi non è un comportamento abusivo, lo è invece se si sono volute «*eludere le disposizioni di una normativa nazionale per ottenere l'accesso ad una professione in uno Stato membro senza possedere i necessari requisiti*», ricorrendo a operazioni di «*carattere puramente fittizio*» (corsivo aggiunto) (sentenza 29 gennaio causa C-311/06, cit.).

20. Posto che lo scopo della direttiva 98/5 è, a norma del suo art. 1, primo comma, quello «di facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato... in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata acquisita la qualifica professionale» e non quello di regola-

re «l'accesso alla professione di avvocato» in detto Stato membro (considerando no. 7), né quello di consentire l'elusione delle normative nazionali che disciplinano l'accesso alla professione forense per il tramite di un serio esame statale di abilitazione, e ribadito quanto indicato in precedenza in merito alle finalità della direttiva quali emergono dal suo Preambolo (v. *supra*, punto 8) appare conforme al diritto europeo il riconoscimento del potere/dovere in capo alle autorità nazionali competenti di valutare in concreto, nel rispetto del principio di proporzionalità e del divieto di pratiche discriminatorie, se l'atto di esercizio del diritto di stabilimento non avvenga in forme abusive dello stesso diritto dell'Unione, ferma restando la possibilità di un controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa condotta, a seguito del ricorso dell'interessato.

21. Legittimo è dunque chiedersi se non vi sia stato abuso del diritto da parte di chi abbia ottenuto in altro Paese membro una qualificazione accademica o abbia qui acquisito una competenza professionale fittizia o artificiosa, e legittimo è dunque chiedersi se si debba provvedere di conseguenza, sanzionando i comportamenti abusivi.

Qualora nel valutare le singole domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti, le competenti autorità amministrative locali (Consigli dell'Ordine) si avvedessero (nel caso concreto) di anomalie oggettive e soggettive tali da comportare la chiara consapevolezza che l'interessato ha posto in essere una condotta integrante un comportamento abusivo, il diritto dell'Unione europea sembra escludere che le stesse autorità siano obbligate ad accogliere meccanicamente, senza valutazione del caso singolo, la domanda dell'interessato, finendo per perfezionare una sequenza procedimentale chiaramente abusiva del diritto dell'Unione e manifestamente elusiva delle regole di diritto nazionale, per lo più di rango costituzionale. Sarebbe piuttosto doveroso condurre una qualche verifica, non in forme generalizzate e diffuse, bensì nelle sole ipotesi in cui ricorressero «indici di anomalia» atti a far presumere la ricorrenza della fattispecie abusiva, sotto il profilo «oggettivo» (cittadini italiani i quali, senza particolari esperienze professionali in diritto spagnolo, utilizzano i benefici derivanti

dal diritto dell'Unione per eludere l'esame di Stato, che la Costituzione e la legge italiana impongono a garanzia della qualità della professione di avvocato; breve lasso di tempo tra ottenimento del titolo in Spagna e presentazione della domanda di iscrizione in Italia, assenza di qualsiasi concreta esperienza professionale maturata).

22. Ciò, al fine di scongiurare il c.d. «gioco degli specchi» o «riconoscimento di secondo grado» riscontrabile ove il diritto comunitario è invocato per casi in cui «non c'è un professionista diplomato migrante ma un diploma italiano che è migrato» in altro Paese membro, «ha ottenuto una sorta di attestazione di qualità ed è poi tornato in Italia pretendendo di aver acquisito una veste diversa» (in questi termini anche il supremo giudice amministrativo italiano, Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 30 novembre 2009, n. 7496 nel giudizio seguito alla decisione della Corte di Giustizia nella causa Causa C-311/06 – Cavallera).

23. Un comportamento di tale tipo risulterebbe altresì avvalorato dalla circostanza per cui la c.d. «via spagnola» per i cittadini italiani iscritti all'albo dei praticanti avvocati nazionale (come nel caso di specie) e più volte bocciati all'esame di Stato per il conseguimento della qualifica di avvocato, si è trasformata in un vero e proprio *business*. Ne è riprova il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 23 marzo 2011 con il quale sono state sanzionate alcune organizzazioni commerciali italiane che offrono agli stessi cittadini italiani laureati in giurisprudenza servizi di supporto al riconoscimento dei titoli, proponendo il disbrigo di tutte le pratiche inerenti sia l'omologazione della laurea in Spagna, sia l'iscrizione al locale «collegio degli avvocati» al fine di eludere la più rigorosa disciplina nazionale (profilo soggettivo dell'abuso).

24. Occorre inoltre ricordare che, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Come è noto, il previo superamento di un esame di Stato ai fini dell'abilitazione all'esercizio professionale è espressamente prescritto dall'art. 33, comma 5, della Costi-

tuzione italiana. Mentre l'ammissione all'esercizio in Italia della professione forense con il titolo di origine di avvocati che effettivamente abbiano conseguito una formazione ed un'esperienza professionale in un altro Stato membro non appare di per sé in conflitto con tale aspetto dell'identità costituzionale italiana, appare arrecare un grave *vulnus* all'identità costituzionale italiana interpretare la direttiva 98/5 in modo da ritenere che le autorità nazionali italiane siano obbligate ad iscrivere meccanicamente cittadini italiani che, senza avere maturato alcuna esperienza formativa e professionale in Spagna, chiedano l'iscrizione nell'elenco degli avvocati stabiliti ed esercitino perciò la professione forense in Italia eludendo la Costituzione italiana che richiede un esame statale di abilitazione.

Le questioni pregiudiziali

25. Questo Collegio, già ritenuto competente dall'alta Corte adita a sollevare rinvio pregiudiziale (sentenza 30 novembre 1995, Gebhard, causa C-55/94) alla luce dei dubbi interpretativi derivanti dall'intersezione, da un lato, della statuizione della sentenza *Wilson* – secondo la quale i Consigli dell'Ordine non possono subordinare l'iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti ad alcun requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla direttiva 98/5 –, e dall'altro, del principio generale di diritto dell'Unione relativo al divieto di abuso del diritto e dell'art. 4, paragrafo 2, TUE relativo al rispetto delle identità nazionali, ritiene pertanto opportuno nell'esercizio dei suoi poteri giurisdizionali sospendere il procedimento e sottoporre, ai sensi dell'art. 267 TFUE, i seguenti quesiti pregiudiziali all'attenzione della Corte di Giustizia:

1. *Se l'art. 3 della direttiva Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, alla luce del principio generale del divieto di abuso del diritto e dell'art. 4, paragrafo 2, TUE relativo al rispetto delle identità nazionali, debba essere interpretato nel senso di obbligare le autorità amministrative nazionali ad iscrivere nell'elenco degli avvocati stabiliti cittadini italiani che abbiano realizzato contegni abusivi del diritto dell'Unione, ed osti ad*

una prassi nazionale che consenta a tali autorità di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti qualora sussistano circostanze oggettive tali da ritenere realizzata la fattispecie dell'abuso del diritto dell'Unione, fermi restando, da un lato, il rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione e, dall'altro, il diritto dell'interessato di agire in giudizio per far valere eventuali violazioni del diritto di stabilimento, e dunque la verifica giurisdizionale dell'attività dell'amministrazione;

2. In caso di risposta negativa al quesito sub 1), se l'art. 3 della direttiva Direttiva 98/5/CE, così interpretato, debba ritenersi invalido alla luce dell'art. 4, paragrafo 2, TUE nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato laddove la previsione di siffatto esame è disposta dalla Costituzione di detto Stato e fa parte dei principi fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia. (Omissis)

[VERMIGLIO Presidente – SICA Estensore – CICCOLO P.M. (concl. parz. diff.). – A.A.T. (avv.ti T. e Mancini)]

Nota di commento: «Accesso alla professione forense e libertà di concorrenza: gli abogados italiani tra abuso del diritto europeo e libertà di stabilimento» [★]

I. Il caso

Un cittadino italiano che ha ottenuto il titolo di *abogado* nel Regno di Spagna ha richiesto l'iscrizione nell'elenco speciale degli avvocati stabiliti tenuto da un Consiglio dell'Ordine degli avvocati, e stante il silenzio di tale amministrazione, ha proposto ricorso al Consiglio Nazionale Forense perché l'organo di vertice dell'istituzione ordinistica decida sul merito dell'iscrizione. Nell'alternativa tra l'accoglimento del ricorso ed il suo rigetto, il Consiglio Nazionale Forense ha scelto di percorrere una terza opzione, sollevando una questione pregiudiziale comunitaria grazie alla propria qualità di vero e proprio giudice speciale, e rimettendo dunque alla Corte di giustizia la esatta interpretazione dell'art. 3 della direttiva 98/5/

CE, ovvero della disposizione chiave in materia di esercizio del diritto di libertà di stabilimento da parte dei professionisti legali europei.

Sul piano sostanziale, la vicenda dalla quale origina il provvedimento qui annotato è tutt'altro che isolata: è notorio che in molti casi le norme europee in materia di libertà di circolazione dei professionisti ed in particolare quelle relative al diritto di stabilimento degli avvocati siano utilizzate per aggirare l'esame di abilitazione da parte di laureati italiani che ricorrono allo stratagemma di acquisire il corrispondente titolo professionale in un Paese dell'Unione caratterizzato da regole di accesso meno esigenti, per poi chiedere il riconoscimento di tale titolo estero in Italia, o per avvalersi del percorso di integrazione negli albi che passa per una fase triennale di iscrizione nell'elenco (annesso all'albo) degli avvocati stabiliti. A favorire tali «migrazioni» sono spesso aziende commerciali che vendono pacchetti integrati costituiti da brevi soggiorni nei Paesi coinvolti (laddove necessari) e assistenza per le relative pratiche amministrative, come ha accertato la stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che in data 23.3.2011 ha comminato una pesante sanzione pecuniaria a carico di una di queste aziende (per pubblicità ingannevole). Se per anni la «via spagnola» è stata quella più in voga, negli ultimi tempi sembra che il fenomeno abbia coinvolto altri Paesi di più recente integrazione europea, ed in particolare la Romania. La questione finisce inevitabilmente per coinvolgere i principi di libertà di concorrenza e di libera circolazione, veri e propri pilastri dell'integrazione comunitaria, tanto da suscitare a più riprese la occhiuta attenzione delle Autorità antitrust europee nonché dell'Agcm, preoccupate che dietro la diffidenza degli ordini forensi nei confronti degli *abogados* italiani vi siano pratiche restrittive dell'accesso al mercato di potenziali concorrenti.

Sotto l'angolo visuale del diritto della concorrenza, il caso presenta peraltro ulteriori aspetti di particolare interesse: la questione pregiudiziale origina da un peculiare giudice speciale che è anche istituzione di vertice del sistema ordinistico, e dunque espressione della categoria professionale coinvolta dal fenomeno e interessata – almeno secondo alcuni – a restringere le occasioni di accesso al mercato dei servizi legali. Forse proprio da questo aspetto conviene incominciare.

II. Le questioni

1. LA NOZIONE DI GIUDICE (SPECIALE) NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E IL NODO DEL MERCATO RILEVANTE. In base a consoli-

[★] Contributo pubblicato in base a referee.

data giurisprudenza costituzionale e di legittimità, il Consiglio nazionale forense è un vero e proprio giudice speciale «precostituzionale», ai sensi e per gli effetti dell'art. 102 Cost. e della VI disp. trans. Cost. Innumerevoli sono le conferme giurisprudenziali interne di tale peculiare assetto della c.d. giurisdizione domestica, riconducibile ad un modello pluralistico di giurisdizione (AZZARITI, *infra*, sez. IV), nel quale la qualità di giudice speciale reca con sé l'onore e l'onere di poter sollevare questioni di legittimità costituzionale, ponendosi quale significativo canale di apertura del giudizio di costituzionalità, ed ampliando significativamente la gamma delle questioni «conoscibili» dalla Corte costituzionale (sia consentito sul punto rinviare a COLAVITTI, *infra*, sez. IV).

Sul piano del diritto europeo la questione si presenta solo in parte sovrapponibile. La Corte di giustizia ha via via affinato la nozione di giudice secondo il diritto comunitario difendendone l'autonomia logico giuridica rispetto alle ricostruzioni offerte dagli ordinamenti nazionali. Inevitabilmente, poi, gli obiettivi di fondo della instaurazione del mercato interno e del superamento dei vincoli nazionali che rallentano la realizzazione di tale scopo hanno finito per curvare anche su questo terreno gli indirizzi giurisprudenziali secondo una logica assai sensibile al principio di libertà di concorrenza. In un recente caso, infatti, la Corte di giustizia ha interpretato proprio l'art. 3 della direttiva 98/5/CE – lo stesso del quale chiede ora la corretta interpretazione il Consiglio nazionale forense – nel senso che questa norma precluda allo Stato di destinazione di subordinare l'accesso nel proprio mercato «ad un previo controllo della padronanza delle lingue dello Stato membro ospitante». Con la stessa decisione, la Corte ha altresì chiarito che l'art. 9 della direttiva in questione preclude di lasciare ad un organo composto di avvocati la decisione circa la controversia sorta su di un provvedimento di diniego dell'iscrizione, «quando il ricorso in cassazione dinanzi al giudice supremo di tale Stato membro consente un controllo giurisdizionale solo in diritto e non in fatto» (CORTE GIUST. CE, 19.9.2006, causa C-6/04, c.d. caso *Wilson*).

Il caso *Wilson* costituisce dunque un precedente troppo ingombrante per non essere adeguatamente considerato. In tale decisione, proprio al momento di giudicare sull'imparzialità del *Conseil disciplinaire et administratif* dell'Ordine degli Avvocati del Lussemburgo, la Corte di giustizia afferma che «ai fini dell'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti previsti dalla direttiva 98/5, l'organo chiamato a decidere i ricorsi contro le decisioni di diniego dell'iscrizione di cui all'art. 3 di tale direttiva deve corrispondere alla nozione di giudice come definita dal diritto comunitario» (§ 47). Per delimitare tale nozione, la Corte opera un richiamo espresso alla propria giurispru-

denza relativa alla nozione di giudice nazionale che può sollevare la questione pregiudiziale ai sensi ed ai fini dell'art. 234 (ora 267) TCE, per cui si ha un (vero e proprio) giudice in presenza dei seguenti requisiti: «la sua origine legale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche (...) nonché l'indipendenza e l'imparzialità (...)» (§ 48). Proprio sui profili dell'indipendenza e dell'imparzialità si appuntano le censure della Corte di giustizia, che esclude la sussistenza di tutela giurisdizionale effettiva di fronte al *Conseil disciplinaire et administratif* lussemburghese, in quanto questo è composto da avvocati che potrebbero avere interesse, quali diretti potenziali concorrenti, ad escludere dall'esercizio della professione un avvocato non lussemburghese che ivi intenda stabilirsi.

È possibile che la Corte ragioni nello stesso modo con riferimento al Consiglio Nazionale Forense, ed arrivi dunque a conclusioni analoghe nell'esaminare le questioni prospettate dall'ordinanza in commento? Chi scrive ritiene di no, sia per la necessità di calare tale precedente nel più ampio contesto della giurisprudenza al riguardo formatasi presso la Corte di giustizia, sia per ragioni intrinseche alla logica interna ricavabile dal precedente *Wilson*.

In primo luogo, si deve ricordare che con la sentenza Koller (CORTE GIUST. UE, 22.12.2010, causa C-118/09), peraltro successiva alla sentenza *Wilson*, la Corte di giustizia ha ritenuto la natura propriamente giurisdizionale di un organo disciplinare professionale austriaco denominato *Oberste Berufungs und Disziplinarkommission* (OBDK). Si tratta di un organo a composizione mista (magistrati e avvocati), ma con larga prevalenza di avvocati (la proporzione è di due ad uno) eletti dall'Ordine. Le garanzie di indipendenza, peraltro, sono previste dalla legge, che le declina nel modo che segue: «(...) i membri della OBDK non sono vincolati ad alcuna istruzione. Non vi sono inoltre circostanze incompatibili con l'indipendenza dei suoi membri. È esclusa l'amovibilità (...). La OBDK decide all'esito di un procedimento in contraddittorio, ove ad essa è riconosciuto un ampio potere di controllo che si estrinseca sia nella possibilità di esaminare questioni di fatto e di diritto sia nella valutazione dei mezzi di prova. Si tratta, inoltre, di un organo permanente, nonostante il fatto che la durata del mandato dei suoi membri sia limitata ad alcuni anni (13). L'attività della OBDK è disciplinata dalla legge» (così si legge nelle conclusioni dell'Avvocato generale, punto 52). In secondo luogo, si deve ricordare che nella sentenza Schmid (30.5.2002, causa C-516/99), la Corte ha declinato i requisiti dell'indipendenza, dell'imparzialità e della terzietà nel senso della necessità di assenza di rapporti organici e fun-

zionali tra l'organo che adotta la decisione in prima istanza e l'organo chiamato a pronunciarsi sulla sua legittimità. Nella stessa sentenza viene peraltro sostenuta la netta prevalenza della separazione funzionale su quella organica ai fini della conferma della natura giurisdizionale di un organo; il rapporto organico tra un organo giurisdizionale ed uno non giurisdizionale è comunque compatibile con la natura giurisdizionale del primo qualora «il contesto giuridico nazionale sia idoneo a garantire una separazione funzionale tra, da un lato, i servizi dell'amministrazione di cui vengono impugnate le decisioni e, dall'altro, l'autorità che decide sui reclami proposti avverso le decisioni di tali servizi senza ricevere istruzione alcuna dalle amministrazioni da cui tali servizi dipendono» (§ 37). Il requisito della separazione funzionale era già stato affermato peraltro con forza dalle fondamentali sentenze Gabalfrisa (CORTE GIUST. UE, 21.3.2000, causa C-110 a 147/98, par. 39) e Dorsch Consult (CORTE GIUST. CE, 17.9.1997, causa C-54/96), *leading cases* in materia. Anche in tale ultima sentenza, peraltro, è ritenuta sufficiente, accanto alla separazione funzionale, la previsione legislativa del requisito dell'indipendenza.

Orbene, è pacifico che nessun rapporto di tipo organico sussista tra il Consiglio Nazionale Forense e gli Ordini forensi locali, così come è nettissima la separazione funzionale. Anche lo stesso dato dell'elezione dei membri del Consiglio nazionale da parte degli Ordini locali non si traduce in un rapporto di tipo organico, attesa l'assenza di qualsivoglia vincolo di mandato dei Consiglieri nazionali, ai quali peraltro sono applicabili le norme codicistiche in materia di astensione e ricusazione.

Il rilievo accordato al contesto giuridico nazionale e soprattutto il riferimento alle concrete caratteristiche del caso consentono di apprezzare meglio la effettiva portata del precedente *Wilson*, e di ritenerlo strettamente legato alle caratteristiche specifiche del Paese coinvolto. Il giudizio negativo che traspare nel caso *Wilson* circa l'organo professionale lussemburghese non è disgiunto infatti da una disamina dell'incidenza delle sue modalità di composizione sul punto della sussistenza di uno specifico conflitto di interesse rispetto all'ingresso di avvocati stabiliti nel mercato di riferimento. I componenti l'organo disciplinare – è questo il cuore della decisione – sono portatori di un interesse opposto a quello vantato dal ricorrente perché operano nello stesso mercato nel quale opererebbe il ricorrente: non a caso la sentenza fa espresso riferimento ad una decisione che «esclude dal mercato un concorrente» (punto 57). È questa la logica intrinseca alla decisione che occorre adeguatamente valutare per concludere se il principio ivi affermato sia astrattamente replicabile nella corrispondente situazione italiana.

È appena il caso di osservare che una distanza siderale separa la situazione italiana, con oltre duecentomila iscritti negli albi degli avvocati, e quella lussemburghese. Diversissimi, poi, i due mercati rilevanti. L'Unione europea ha fornito una definizione ufficiale della nozione di mercato rilevante (Comunicazione della Commissione, in G.U. C 372 del 9.12.1997), distinguendo il mercato di prodotto ed il mercato geografico; se il primo è distinto dalla sostanziale omogeneità del prodotto offerto, il secondo è definito come «l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse». Nel caso di specie il mercato di riferimento sembra doversi considerare in senso geografico, ancorché si possa argomentare che la professione forense sia segmentata anche in senso oggettivo, in relazione ai rami di attività (ad es. non si può dire che un avvocato tributarista sia un vero concorrente rispetto ad un penalista o ad un esperto di diritto di famiglia). Va considerato inoltre che la professione è organizzata in Italia – come del resto in buona parte dei Paesi europei di dimensioni rilevanti – per fori, nei quali l'avvocato stabilisce la propria residenza o domicilio professionale, in ragione del maggior legame con gli organi giudiziari e la clientela del territorio. Ogni foro ha un proprio bacino professionale, tanto che per patrocinare una causa in altro circondario è necessario *ex lege* eleggere ivi un domicilio. L'ordinamento avalla così un dato che è anche empiricamente rilevabile, ossia che l'avvocato iscritto presso un determinato ordine circoscrizionale svolgerà la maggior parte delle sue attività proprio in quell'ambito, pur essendo titolato ad acquisire clientela ovunque in Italia o in Europa. Ecco, dunque, che la dimensione territoriale risulta fondamentale per circoscrivere, in modo realistico, la nozione di concorrente, inteso quale collega che possa in concreto avere un interesse patrimoniale almeno in parte contrastante con quello dell'interessato. Il sistema italiano di giurisdizione domestica mira a coniugare competenza e terzietà: competenza perché le vicende disciplinari e quelle sulle iscrizioni e cancellazioni vengono giudicate da avvocati, ossia dai soggetti che meglio di ogni altro conoscono la materia; terzietà perché esistono almeno due meccanismi correttivi rispetto a possibili turbamenti della serenità di giudizio. Un primo strumento, a carattere generale, agisce proprio sulla leva della separazione territoriale: il Consiglio Nazionale Forense è composto da ventisei consiglieri, uno per ciascuno distretto di Corte d'Appello. Ecco, dunque, che il ricorrente ha sempre e comunque la garanzia che a

giudicarlo saranno almeno per venticinque ventiseiesimi dei professionisti provenienti da aree distinte dalla sua, che hanno avuto o avranno con lui un rapporto di concorrenza solo eventuale od occasionale. Ma ciò che appare veramente dirimente, e vale a tenere lontanissimi l'uno dall'altro il caso lussemburghese da quello italiano, sono le dimensioni complessive del mercato rilevante e il numero dei possibili competitori: in un caso, un territorio minuscolo, ed in tutto circa duemila avvocati (oggi; ancor meno nel 2006, anno della sentenza *Wilson*); nell'altro caso un mercato assai più vasto, e circa duecentocinquantamila avvocati, il che riduce la capacità del singolo iscritto di influenzare il mercato sostanzialmente allo zero. È davvero paradossale pensare che, nel decidere sul diniego di iscrizione di un *abogado*, i componenti del Consiglio Nazionale Forense siano resi meno indipendenti ed imparziali dalla volontà di proteggere la propria quota di mercato professionale, se si considerano i numeri della professione nel nostro Paese, ed il tasso di incremento degli albi forensi, al quale affluiscono ogni anno circa trenta/quarantamila avvocati in più.

Da ultimo occorre aggiungere che un conto è giudicare della qualità di giudice speciale di un certo organo in occasione di una questione pregiudiziale sollevata da altre corti (come nel caso *Wilson*), un conto è giudicarne quando il giudice speciale è proprio il giudice *a quo*, laddove una pronunzia che negasse (con le forme, si ritiene, di un'ordinanza di inammissibilità) la natura giurisdizionale dell'organo rimettente finirebbe per precludere alla stessa Corte la cognizione del caso di specie. Non a caso, alcuni anni or sono la Corte di giustizia ha pacificamente ritenuto il Consiglio Nazionale Forense organo legittimato ad effettuare un rinvio pregiudiziale (CORTE GIUST. CE, 30.11.1995, causa C-55/94, *Gebhard*).

2. LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEGLI AVVOCATI EUROPEI E I CORRELATI STRUMENTI DI DIRITTO EUROPEO DERIVATO. La libertà di stabilimento può essere ricompresa senz'altro tra le libertà fondamentali previste dal sistema dei Trattati fondativi dell'Unione, fin dall'antico art. 52 TCE, poi divenuto art. 43 nella versione consolidata del Trattato di Amsterdam, ed ora, dopo il Trattato di Lisbona, art. 49 TFUE. È interessante osservare che nel passaggio dall'art. 52 della versione originaria all'art. 43 della versione consolidata, il diritto di stabilimento riceve una significativa implementazione, passando da una formulazione per cui «(...) le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse (...)» ad una formulazione ben più incisiva, ai sensi della quale tali restrizioni sono più semplicemente «vietate».

Gli strumenti di diritto derivato europeo costruiti per l'attuazione di tale diritto sono attualmente due: oltre alla direttiva stabilimento di cui si è detto, la direttiva in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali (direttiva 7.9.2005, n. 2005/36/CE) che, come la precedente direttiva riconoscimento titoli (la n. 89/48/CE), si basa appunto sulla necessità che il titolo professionale di origine sia riconosciuto nello Stato membro ospitante a seguito di uno specifico procedimento amministrativo che, nel caso della professione forense, si basa su di una prova compensativa volta a comprovare la idoneità professionale del richiedente. La direttiva stabilimento consente invece di non passare per alcuna specifica verifica di idoneità professionale: il titolare di una qualifica professionale equivalente a quella di avvocato propria dell'ordinamento italiano può infatti, grazie al certificato di iscrizione rilasciato dall'autorità competente dello Stato di appartenenza, essere iscritto a domanda in un elenco speciale annesso all'albo ed acquisire così lo *status* di avvocato stabilito. Il professionista stabilito non può che spendere il titolo professionale di origine, e può esercitare senza limiti l'attività di consulenza, mentre è soggetto per tre anni a procedere di intesa con un avvocato per l'esercizio dell'attività giudiziale. In caso di esercizio effettivo e regolare della professione nel nostro Paese per il periodo sopra indicato, lo stabilito matura il diritto alla vera e propria integrazione nell'albo, ed il suo *status* professionale diventa in tutto e per tutto analogo a quello dell'avvocato che è divenuto tale dopo il superamento dell'esame di abilitazione previsto dalla legge italiana, *rectius*, dalla Costituzione italiana (art. 33, comma 5°, Cost.). I due percorsi succintamente descritti integrano momenti di attuazione del diritto di stabilimento che contemperano l'esercizio di tale diritto con la tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione.

3. L'ABUSO DEL DIRITTO DI STABILIMENTO E LE DIFFERENZE NEL REGIME DI ACCESSO TRA SPAGNA E ITALIA. La Corte di giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 29.1.2009, nella causa C-311/06, *Cavallera*, si è pronunciata sui limiti del beneficio conferito dal diritto comunitario, fissando il confine tra corretto esercizio della libertà di stabilimento ed abuso del diritto stesso. La Corte ha concluso in particolare: «Le disposizioni della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE [oggi dir. 2005/36/CE ndr], relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, non possono essere invocate, al fine di accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante, da parte del titolare di un ti-

tolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non sanzioni alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro». La professione considerata era, in quel caso, quella di ingegnere, ma il principio può trovare applicazione alla situazione dei laureati italiani che si spostano (fittiziamente) in Spagna al solo scopo di conseguire il titolo di *abogado*: a tale titolo, infatti, non corrispondono né una formazione specifica, né il superamento di un esame né, infine, la maturazione di un'esperienza professionale. Come è noto, per lungo tempo in Spagna gli *abogados* non conseguivano il titolo in seguito ad un esame di Stato, ma dovevano semplicemente, dopo la laurea in giurisprudenza, prestare un giuramento di fedeltà alla Costituzione e alle altre leggi (ai sensi dell'art. 544 della *Ley Orgánica* 1 luglio 1985). In relazione, tra l'altro, proprio alle difficoltà connesse con la libera circolazione comunitaria dei professionisti, la Spagna ha introdotto di recente un regime di maggior rigore, cosicché – in base alla l. n. 34/2006 – a partire dal 30.10.2011 è necessario frequentare un corso di formazione (dell'entità minima di 60 c.f.u.) e superare un esame finale (ma in forza di alcune previsioni di carattere transitorio, le nuove regole non trovano applicazione nei confronti dei soggetti che abbiano conseguito la laurea in giurisprudenza entro il 31.10.2011, alla condizione che essi facciano richiesta di iscrizione all'albo degli *abogados* entro il 31.10.2013).

In Italia per l'esercizio della professione di avvocato è previsto un tirocinio di diciotto mesi (a seguito della riforma dell'ordinamento forense di cui alla l. 31.12.2012, n. 247, recante *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*; in passato il tirocinio aveva durata biennale, in base all'art. 17, n. 5, r.d.l. 27.11.1933, n. 1578, recante *Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*) e il superamento dell'esame di Stato, che consiste ancora in tre prove scritte e una discussione orale su cinque materie, come previsto dall'art. 20, r.d.l. n. 1578/1933 e art. 17 *bis* ss., r.d. 22.1.1934, n. 37, *Norme integrative e di attuazione del r.d.l. 27.11.1933, n. 1578, sull'ordinamento della professione di avvocato e procuratore*. Non sono ancora operanti al riguardo le innovazioni introdotte dalla riforma dell'ordinamento forense appena entrata in vigore, ma si segnala al riguardo che il divario tra la severità di accesso di cui all'ordinamento italiano e le più lasche previsioni iberiche è destinato ad aumentare, giacché la riforma italiana configura un più esigente regime di incompatibilità per il praticante e lo obbliga – oltre che a frequentare uno studio per il periodo considerato – anche a frequentare una scuola forense, con un investimento in termini di impegno e di tempo

sicuramente maggiore che in passato, nell'intento di conformare l'accesso alla professione come una scelta consapevole e meditata, piuttosto che come il rifugio di tanta disoccupazione intellettuale. Al culmine di tale processo formativo la riforma conferma, come in passato, l'esame di Stato, che ha la funzione di tutelare l'interesse pubblico, posto che «la legge può riservare agli iscritti in appositi albi l'esercizio di determinate professioni, che presuppongono una particolare capacità tecnica ed il cui esercizio richiede, per assicurare il corretto svolgimento dell'attività professionale, sia a garanzia della collettività che a protezione dei destinatari delle prestazioni, una specifica idoneità. Per l'abilitazione all'esercizio professionale è prescritto un esame di Stato, che consente di verificare l'idoneità tecnica di chi, avendo i requisiti richiesti, intenda accedere alla professione ottenendo l'iscrizione nell'apposito albo» (CORTE COST., 21.1.1999, n. 5, in *Giust. civ.*, 1999, I, 636).

Alla luce di quanto osservato, stupisce lo strabismo dell'Agcm che, per un verso, ha sanzionato le imprese che hanno favorito il ricorso alla «via spagnola», e, per altro verso, ha colpito gli ordini forensi che hanno esercitato un più attento controllo sulle domande di iscrizione nel registro degli avvocati stabiliti (con provvedimento in data 23.4.2013). In fondo, lo stesso ricorso ai servizi di tali imprese può costituire indizio dell'utilizzo abusivo del diritto dell'Unione, nei termini dell'attivazione di una situazione giuridica in violazione del principio di buona fede (v. *infra*, sez. IV): il professionista che ha un collegamento effettivo con l'ordinamento dove ha acquisito un titolo professionale non avrà bisogno di assistenza logistica ed amministrativa per esercitare il diritto di stabilimento, giacché farà valere elementi di fatto e di diritto maturati in modo autentico, senza costruzioni artificiali. Del pari, elemento fortemente indiziante pare essere – come nel caso di cui alla presente ordinanza – la circostanza di esercitare il diritto dopo soli tre mesi dall'ottenimento del titolo di *abogado*. In questi casi siamo probabilmente di fronte a ciò che la giurisprudenza amministrativa italiana ha definito un «gioco degli specchi» per cui non c'è un professionista migrante, ma ciò che migra è solo un diploma di laurea italiano, grazie al quale si ottiene l'iscrizione in un albo spagnolo, per cui il diploma ritorna in Italia divenuto ormai una qualifica professionale (CONS. STATO, sez. IV, 30.11.2009, n. 7496, in *Dir. e giust.*, 2009).

III. I precedenti

L'ordinanza in commento, insieme a quella di analogo tenore adottata nel medesimo giorno (la n. 2/2013), è la prima con cui il Consiglio Nazionale Forense rimette alla Corte di Giustizia la questione

dell'abuso del diritto di stabilimento. Per un precedente nella remissione di una questione pregiudiziale comunitaria da parte di tale organo si veda l'ordinanza in data 16.12.1993, che ha dato luogo alla cd. sentenza *Gebbard* (CORTE GIUST. CE, 30.11.1995, causa C-55/94).

La giurisprudenza nazionale ha confermato che l'iscrizione nella sezione speciale degli avvocati europei dell'albo professionale italiano è subordinata alla sola condizione della documentazione dell'iscrizione presso la corrispondente autorità di un altro Stato membro: CASS., sez. un., 22.12.2011, n. 28340, in *Giust. civ.*, 4, I, 2012, 971.

Per la nozione di giudice secondo la Corte di giustizia, si considerino le sentenze richiamate nella sez. II ed in particolare: 30.5.2002, causa C-516/99, *Schmid*; 21.3.2000, causa C-110, *Gabalfrisa*; e 17.9.1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre ribadito che uno Stato contraente non può rifugiarsi dietro le particolarità del proprio diritto nazionale per fornire una tutela della imparzialità del giudice più tenue di quella che è richiesta dagli *standard* convenzionali (De Cubber c. Belgio, del 26.10.1984). In particolare, è stata richiesta la garanzia di una rigorosa separazione del potere giudiziario rispetto al potere esecutivo sotto vari profili, tra cui merita ricordare: l'assenza di condizionamenti diretti, come ad esempio la partecipazione di un commissario del Governo all'adozione di decisioni in sede giurisdizionale amministrativa (Sacilor-Lormines c. Francia, 9.11.2006), o comunque la dipendenza organica dal Governo (Brudnicka e altri c. Polonia, 3.3.2005; con riferimento specifico alla giustizia militare cfr. Findlay c. Regno Unito, 25.2.1997); la problematica commistione di funzioni consultive e giurisdizionali, tipica, ad esempio, del Consiglio di Stato in numerosi paesi di tradizione «francese» (Procola c. Lussemburgo, 28.9.1995; Kleyn e altri c. Paesi Bassi, 6.5.2003). Allo stesso tempo, il requisito dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice è stato ancorato a caratteristiche di struttura dell'organo giurisdizionale, stabilendosi – sul piano soggettivo – la presunzione di imparzialità fino a prova contraria: così, è stata ritenuta rilevante la partecipazione al collegio giudicante di magistrati che avevano sostenuto l'accusa nella stessa controversia in altro grado (cfr. Piersack c. Belgio, 1° 10.1982); ed è stata ritenuta corollario essenziale ai fini dell'indipendenza del giudice la garanzia dell'inamovibilità, pur in contesto che sotto altri profili – ed in particolare la contiguità strutturale tra controllante e controllato – avrebbe potuto creare perplessità (cfr. Campbell and Fell c. Regno Unito, del 28.6.1984, in materia di comitati di controllo interni agli istituti di pena). Con riferimento specifico alla

giurisprudenza in materia di giurisdizioni interne agli ordini professionali, la Corte le ha ritenute, in via di principio, ammissibili. La piena applicabilità dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo anche a tali giudici impone però un controllo penetrante sul requisito dell'indipendenza/imparzialità: o la giurisdizione ordinistica rispetta pienamente le condizioni imposte a tal fine dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo – come interpretato dalla Corte europea – o, qualora non le rispetti, le sue decisioni devono essere impugnabili dinanzi ad un organo di piena giurisdizione (legittimità e merito) che rispetti le suddette caratteristiche: Merigaud c. Francia, 24.9.2009; Gautrin c. Francia, 20.5.1998; Gubler c. Francia, 27.10.2006; peraltro conformi sul punto ai *leading cases* Albert et Le Compte c. Belgio, 10.2.1983 e Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio, 23.6.1981. Particolarmente interessante la sentenza Gubler c. Francia, cit., relativa al Consiglio Nazionale dei medici francesi. In tale sentenza, la Corte afferma, significativamente, che: «(...) il carattere "arcaico" di un sistema procedurale non comporta automaticamente la sua contrarietà alla Convenzione (cfr. mutatis mutandis, Göktan c. Francia 2 luglio 2002). Con riferimento al caso di specie, discende dall'insieme delle circostanze esposte in punto di fatto che i dubbi del ricorrente sull'imparzialità e sull'indipendenza dei membri della sezione del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici che l'hanno giudicato non sono giustificati sul piano oggettivo e che il suo processo dinanzi al Consiglio nazionale non ha violato il principio di equità di cui all'art. 6».

Tra i molti precedenti della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei professionisti i più rilevanti sono i seguenti: 19.9.2006, causa C-506/04, *Wilson*; 22.12.2010, causa C-118/09, *Koller*; 29.1.2009, causa C-311/06, *Cavallera*.

Sul tema dell'abuso del diritto europeo si vedano, sempre per la Corte di giustizia, le sentenze: 7.2.1979, causa 115/78, *Knoors*; 3.10.1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, e 9.3.1999, causa C-212/97, *Centros*. In particolare, in base alla giurisprudenza della Corte, vengono in rilievo le costruzioni di puro artificio destinate unicamente o fondamentalmente ad eludere la disciplina interna (cfr. sentenze 5.7.2007, causa C-321/05, *Kofoed*; 12.9.2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*; 17.1.2008, causa C-105/07, *Lammers & Van Cleeffs*).

IV. La dottrina

Per una disamina delle tematiche di maggiore attualità che riguardano la regolazione giuridica della professione forense: ALPA, *L'avvocato*, Il Mulino, 2011. Per la critica del modello liberista o neoliberista di concezione delle professioni liberali e di quel-

la forense in particolare: ALPA, *I custodi dei diritti. Avvocatura, mercato, politica*, Ed. Il Sole 24 ore, 2007.

Sulla qualità di giudice speciale del Consiglio nazionale forense, con particolare riferimento alla giurisprudenza di legittimità: PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, Cedam, 2011, 48 ss., spec. 52; con riferimento ai profili costituzionali: COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, 2005, 239 ss., spec. 282. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 93 ss., ritiene che convivano nel testo costituzionale due diversi modelli, l'uno imperniato sul principio dell'unità della giurisdizione, l'altro pluralistico (artt. 103 e 108 Cost.), rintracciabile nelle interpretazioni rese dalla Corte costituzionale in materia di giudici speciali (CORTE COST., 6.7.1970, n. 114, in *Giur. cost.*, 1970, 474; CORTE COST., 17.2.1972, n. 27, *ivi*, 1972, 113 ss.; CORTE COST., 23.12.1986, n. 284, in *Giur. cost.*, 1986, 2290; CORTE COST., 25.7.1995, n. 387, *ivi*, 1995, 2804), ma anche in materia di magistrati onorari (CORTE COST., 8.4.1993, n. 150, in *Giur. cost.*, 1993, 1143).

Sulla libertà di stabilimento degli avvocati: DANOVI-BASTIANON-COLAVITTI, *La libertà di stabilimento e le società tra avvocati*, Ipsoa, 2001.

L'abuso del diritto costituisce uno dei più interessanti e frequentati campi di indagine della letteratura giuridica. Oltre al più risalente GIORGIANNI,

L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Giuffrè, 1963, si vedano: LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, 1993; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, 1998; DI VIA, *Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Esi, 2004; TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Esi, 2005; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, 2007; FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, 2010.

Con riferimento specifico al rischio di abuso del diritto nell'esercizio della libertà di stabilimento: BERRUTI, *La legittimità della c.d. «via spagnola» nel conseguimento dell'abilitazione all'esercizio della professione forense all'interno degli stati membri*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 555-561; VITALE, *L'esercizio stabile in Europa della professione forense. Quali possibili effetti discriminatori?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, 1289-1314; MORETTO, *Libertà di stabilimento degli avvocati ed accertamento preventivo delle conoscenze linguistiche dello Stato membro ospitante*, in questa *Rivista*, 2007, I, 623-630.

Per una ricostruzione in chiave comparata delle regole in materia di accesso alla professione forense in Europa: ALPA-MARIANI MARINI (a cura di), *La formazione dell'avvocato in Europa*, Pisa University Press, 2009.

GIUSEPPE COLAVITTI

► TRIB. GENOVA, 14.2.2013

CONTRATTO IN GENERE - CLAUSOLE VESSATORIE NEL CONTRATTO TRA PROFESSIONISTA E CONSUMATORE - SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO DEI DIRITTI E DEGLI OBBLIGHI - RILEVABILITÀ D'UFFICIO (cod. cons., artt. 33, 34, 35 e 36)

Nel contratto di finanziamento tra un professionista e un consumatore, deve essere rilevata d'ufficio la vessatorietà di una clausola che, scritta con caratteri tali da renderla difficilmente leggibile, prevede interessi moratori ad un tasso nettamente superiore rispetto al tasso di interessi pattuito.

dal testo:

Il fatto. I motivi. Con atto di citazione in opposizione ritualmente notificato S.R. conveniva in giudizio P. S.p.A. in liquidazione (di seguito solo P.) chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo del Tribunale di Genova rg. n. 816/2011 dell'11.3.2011 (depositato in data 12.3.2011) deducendo la nullità delle clausole aventi ad oggetto il costo del finanziamento, la misura degli interessi di mora e delle penali. Riteneva non dovuti gli interessi *ex d.lgs. 231/2002* concessi con il decreto.

Si costituiva P. chiedendo il rigetto delle domande attoree infondate in fatto e in diritto.

Erano concessi i termini istruttori, era fissata udienza di precisazione delle conclusioni al