

(da www.servizi-legali.it) Ottima notizia per chi ha a cuore la **realizzazione concreta della riforma delle professioni** , "progettata" già dal d.l. 138/2011 (art. 3, comma 5, e 5-bis) e giunta a parziale realizzazione con D.P.R. 137/2012 (art. 12 e 2).

Il 25 settembre 2012 le Sezioni Unite civili della Cassazione (Presidente Roberto Preden - causa Avv. Perelli contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma - avvocati part time - cancellazione dall'albo forense ex l. 339/03) hanno deciso di approfondire, disponendo un rinvio dell'udienza pubblica, la questione della abrogazione *"in ogni caso dalla data del 13 agosto 2012"*



di tutte le norme degli ordinamenti professionali in contrasto con i principi indicati nelle lettere da a) a g) del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011. In particolare, l'approfondimento della questione di diritto riguarderà la lettera a) del detto comma 5, per cui "*l'accesso alla professione è libero e il suo esercizio è fondato e ordinato sull'autonomia e sull'indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnica, del professionista* ".

E' un'ottima notizia il fatto che a pochi mesi dall'entrata in vigore di una norma fondamentale per la liberalizzazione delle professioni (di tutte le professioni regolamentate e non solo di quella

di avvocato, la cui regolazione ha dato luogo al ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione) siano le Sezionii Unite della Cassazione a fornirne l'interpretazione. In Italia, infatti, specie quando si tratta di norme di liberalizzazione, c'è rischio che le interpretazioni delle amministrazioni e dei giudici di merito si contraddicano a lungo (con intollerebile effetto defatigante per i professionisti o aspiranti professionisti interessati alla vicenda) prima che giunga la sospirata decisione "nomofilattica" della Suprema Corte.

IO, SULLA QUESTIONE DEL LIBERO ACCESSO ALLE PROFESSIONI DAL 13 AGOSTO 2012, LA PENSO COSI':

Nelle libere professioni "protette" (se non si vuol fare della loro "protezione" un privilegio immotivato dei soli *insider*), non si possono ammettere incompatibilità irrispettose del senso profondo che deve avere il superamento dell'esame di Stato. Tale senso profondo è da ricollegare, in primo luogo, al diritto al lavoro e alla libera esplicazione della personalità in una Repubblica democratica fondata, appunto, sul lavoro. Si deve, anche per questo, riconoscere che, per la nostra Costituzione, la non irragionevole limitazione della possibilità di lavorare e la funzionalità al rimuovere col lavoro gli ostacoli alla disuguaglianza sono i primi parametri della legittimità costituzionale e la guida principe nell'interpretazione delle norme che regolano l'accesso al lavoro professionale. Cos'è, infatti, il diritto costituzionale al lavoro professionale (che tra l'altro è diritto riconosciuto pure dalla CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo <vedasi la sentenza Bigaeva>) se non, in primo luogo, divieto costituzionale a frapporre ostacoli legislativi (non necessari o, altrimenti detto, "non fondati su motivi imperativi di interesse generale") allo svolgimento di una attività lavorativa? Resta emblematica, sotto questo aspetto, la sentenza della Corte costituzionale n. 73 del 1992 che, con specifico riguardo al regime della previdenza forense, non ha esitato -proprio parametrndo la ratio decidendi sull'art. 4 Cost.- a dichiarare la illegittimità costituzionale della prevista incompatibilità della corresponsione della pensione di anzianità con l'iscrizione ad albi diversi dagli albi forensi, nonchè con lo svolgimento di qualsivoglia attività di lavoro subordinato.

Passiamo ad esaminare la c.d. "liberalizzazione" delle professioni. Non c'è dubbio che il comma 5-bis dell'art. 3 del d.l. 138/2011 abbia avuto effetto immediatamente abrogativo, "*in ogni caso dalla data del 13 agosto 2012*
", di tutte le norme degli ordinamenti professionali che siano contrastanti con i principi di cui all'art. 3, comma 5, lettere da a) a g) del medesimo d.l. 138/2011. L'effetto abrogativo automatico s'è avuto anche se il DPR 137/2012 è intervenuto prima del 13 agosto 2012.
Il potere attribuito al Governo di riformare, con DPR, gli ordinamenti professionali per recepire i principi di cui alle dette lettere da a) a g) consisteva anche in un potere di articolare i principi in norme organizzative, permissive, propulsive e non solo impeditive. Però, una volta scaduto il termine del 12 agosto 2012, il Governo non ha più il potere di riformare gli ordinamenti professionali ma solo quello conferitogli dal comma 5-ter dell'art. 3 del d.l. 138/2011, per cui "*Il*

Governo, entro il 31 dicembre 2012, provvede a raccogliere le disposizioni aventi forza di legge che non risultano abrogate per effetto del comma 5-bis in un testo unico da emanare ai sensi dell'art. 17-bis della legge 23 agosto 1988, n. 400
".
L'art. 17-bis della l. 400/1988, intitolato " *Testi unici compilativi*", stabilisce al comma 1:
"*1. Il Governo provvede, mediante testi unici compilativi, a raccogliere le disposizioni aventi forza di legge regolanti materie e settori omogenei, attenendosi ai seguenti criteri:*
a) puntuale individuazione del testo vigente delle norme;
b) ricognizione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni;
c) coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti in modo da garantire la coerenza logica e sistematica della normativa;
d) ricognizione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restano comunque in vigore".

Conseguentemente, il regolamento compilativo da emanarsi dal Governo dovrà certamente, pena la sua illegittimità, riconoscere abrogate le disposizioni contrastanti coi principi di cui alle citate lettere da a) a g).

IL COMMA 5, LETTERA A) DELL'ART. 3 DEL D.L. 138/2011 PONE UNA DICOTOMIA NUOVA E FONDAMENTALE: ACCESSO LIBERO (OVVIAMENTE DEGLI ABILITATI) ALLE PROFESSIONI REGOLAMENTATE E SU CCESSIVO ESERCIZIO CONTROLLATO DAGLI ORDINI QUANTO AL RISPETTO DELLA NECESSARIA AUTONOMIA E INDIPENDENZA DI GIUDIZIO, INTELLETTUALE E TECNICA, DEL PROFESSIONISTA.
Tale dicotomia è coerente con il primo periodo del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011 ove si legge che "gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza". E' confermata, poi, dalla rubrica dell'art. 2 del DPR 137/2012 e dalla previsione, in esso art. 2, di due distinti commi, l'1 e il 2, dedicati il primo all'accesso alla professione e il secondo al successivo suo esercizio.
L'aver fissato tale dicotomia comporterà una maggiore responsabilizzazione dei Consigli degli Ordini i quali saranno chiamati a valutare in contraddittorio, a fini disciplinari, se fatti concreti siano lesivi di autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnica, del professionista.
Con la previsione dell'accesso libero degli abilitati alle professioni e del successivo controllo, da parte degli Ordini, della concreta eventuale carenza del necessario grado di indipendenza e autonomia del professionista, inoltre:
1) si sono tratte le necessarie conseguenze dell'affermazione di cui alla sentenza della Corte cost. 189/01 per cui le professioni regolamentate (e in particolare quella di avvocato) sono un settore del mercato dei servizi professionali "naturalmente concorrenziale";
2) sono state confermate le giuste valutazioni del TAR Lazio (sentenza 5151/2011, depositata il 9/6/2011 in causa 8807/2010) per cui "La ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni è intervenuta con d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30" il cui art. 3 intitolato <<tutela della concorrenza e del mercato>> chiarisce che "l'esercizio della professione si svolge nel rispetto della disciplina statale della tutela della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe

consentite dal diritto comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale".
Si spiega così perchè il governo abbia richiamato, nel comma 1 dell'art. 2 del DPR 137/2012, il concetto di "motivi imperativi di interesse generale".
Ne risulta che per il DPR 137/2012, salva la sopravvivenza di limiti che impediscono l'iscrizione agli albi professionali -perchè fondati su "motivi imperativi di interesse generale"- la regola, per tutte le professioni regolamentate (compresa quella di avvocato) è l'accesso libero (di chi ha superato l'esame di Stato) alla professione; mentre sono ammessi solo procedimenti amministrativi di controllo "ex post" (cioè senza ostacoli "a monte" che impediscano l'iscrizione all'albo) e "in concreto" degli iscritti all'albo.

L'INCOMPLETA ATTUAZIONE DELL'ART. 3, COMMA 5, DEL D.L. 138/2011 AD OPERA DEL DPR 137/2012.

Certamente il DPR 137/2012 non ha dato piena attuazione all'art. 3, comma 5, del d.l. 138//2011 per il fatto che:
--- **A)** ha utilizzato, all'art. 12, in relazione all'art. 2 comma 1, la medesima tecnica dell'abrogazione per contrasto con principi che era stata utilizzata dal legislatore delegante e perciò non ha chiarito analiticamente, "professione per professione", quali dei limiti all'accesso precedentemente previsti debbano ritenersi abrogati per mancata loro corrispondenza a "motivi imperativi di interesse generale".
Ad esempio ci si potrebbe domandare se risulti abrogato l'art. 3 della l. prof. forense con riguardo alla precedentemente prevista incompatibilità per queste ipotesi:
* avvocato sostanzialmente parasubordinato d'un suo collega (visto che solo ad esso fattura e lavora con postazione nel di lui studio, senza spese di gestione, e che già ampia giurisprudenza ha riconosciuto esente dall'IRAP proprio perchè inserito in una organizzazione altrui);
* avvocato-parlamentare (figura che peraltro inspiegabilmente ha goduto d'una disapplicazione in fatto dell'art. 3 l. prof. forense a suo favore, quell'art. 3 affermando incompatibile la professione forense non solo con qualunque impiego ma anche con qualunque ufficio retribuito con stipendio del Senato o della Camera;
* e soprattutto, ci si potrebbe domandare: saranno ancora incompatibili con l'avvocatura (ex art. 3 l.prof. forense e ex l. 339/03) i dipendenti pubblici in part time ridotto (magari dipendenti di quegli stessi ministri, sottosegretari, viceministri e commissari governativi che, come detto, ex l. 215/04 sono tuttora bellamente ammessi a svolgere la professione di avvocato in materie "non connesse" all'alta carica rivestita)?
--- **B)** non ha ricostruito analiticamente -e con statuizioni anche positive di incompatibilità- il regime di compatibilità e incompatibilità per tutte le professioni, come avrebbe dovuto fare utilizzando l'anno di tempo concesso dal legislatore delegante a tal fine con la formula del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011 ("Con DPR gli ordinamenti professionali dovranno esser riformati entro 12 mesi per recepire i seguenti principi"). Si potrebbe dire (per usare le parole adoperate dal Consiglio di Stato nel parere n. 3169/2012)che il DPR 137/2012 "non ha riempito i buchi" lasciati dall'abrogazione dei limiti all'accesso precedentemente previsti.

Ad es. il DPR 137/2012 non ha positivamente stabilito che ricorre un motivo imperativo di interesse generale a che le cariche di ministro, sottosegretario, viceministro e commissari di governo siano incompatibili con l'esercizio della professione di avvocato. Il DPR lascia in vigore, per tali alte cariche dello Stato (e senza che a ciò possa porre rimedio il testo unico, "compilativo", delle norme sopravvissute alla abrogazione di agosto 2012, che il Governo dovrà adottare entro il 31/12/2012, ex art. 3, comma 5-ter, d.l. 138/11) l'ammissione (prevista dall'art. 2, lett. D, della l. 215/04) ad esercitare il patrocinio salvo il limite evanescente (basti pensare alle decisioni collegiali del Consiglio dei ministri) della connessione con la materia del loro alto ufficio.
Il fatto che l'art. 2 del DPR 137/2012 non abbia declinato analiticamente i "motivi imperativi di interese generale" nè in negativo per fondare una abrogazione di previgenti "indebite restrizioni all'accesso", nè in positivo per la ricostruzione puntuale d'un sistema coerente di compatibilità e incompatibilità in tutte le singole professioni regolamentate, non crea comunque problemi insormontabili in tutti quei casi in cui risulti chiaro da un complessivo esame del singolo ordinamento professionale che non possono riconoscersi esistenti in concreto "motivi imperativi di interesse generale" capaci di giustificare il mantenimento, oltre la data del 13 agosto 2012, di limiti all'accesso libero alla professione regolamentata (così è, ad es. per l'abrogazione della l. 339/03, che pone un limite all'accesso alla professione forense il mantenimento del quale non può ritenersi giustificato da "motivi imperativi di interesse generale" oggettivamente rinvenibili all'esito d'un complessivo esame dell'ordinamento della professione di avvocato).

QUANTO ALLA ABROGAZIONE DELLA L. 339/03.
Vi può essere, in ipotesi, una interpretazione dei commi 3 e 4 dell'art. 2 del DPR 137/2012 che non sia confermativa dell'abrogazione della l. 339/03. Di certo, invece, non si può neanche immaginare una interpretazione del comma del medesimo art. 2 del DPR 137/20121 che non sia confermativa della abrogazione (ex art. 3, comma 5-bis del d.l. 138/2011) della l. 339/03 per contrasto con il principio sancito dalla lettera a) del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011. Infatti, ove il comma 1 dell'art. 2 del DPR 137/2012 condiziona alla sussistenza d'un "*motivo imperativo d'interesse generale*
" la sopravvivenza, dopo il 13 agosto 2012, di limiti all'accesso alla professione forense, pone un requisito che sicuramente la l. 339/03 non possiede, stante la natura contraddittoria dei limiti all'accesso alla professione di avvocato che sono stati posti nei decenni. Su tale natura contraddittoria dei limiti all'accesso alla professione di avvocato sedimentati nei decenni, si consideri, ad esempio, il contrasto tra l'incompatibilità posta all'art. 3 della l. prof. forense del 1933 e le seguenti "eccezioni": quella posta dalla l. 215/04, art. 2, lett. d; quella risultante dal "diritto vivente" alla compatibilità dei parlamenrari avvocati; quella della compatibilità con l'avvocatura dei giudici di pace, dei V.P O., dei G.O.T., dei mediatori, degli avvocati soci di minoranza di società di capitali aventi ad oggetto l'attività forense.
In definitiva, anzi, con riferimento alla professione di avvocato, occorre rovesciare l'assunto di quanti sostengono che la recente riforma delle professioni abbia lasciato in vita tutte le previgenti incompatibilità. Infatti, visto che il servizio professionale di avvocato è settore dei servizi "naturalmente concorrenziale" (come afferma Corte cost. 189/01) esistono motivi imperativi di interesse generale perchè si abroghi e non perchè si mantenga in vita la l. 339/03. La concorrenza, infatti, deve potersi affermare anche nell'avvocatura. E che poi siano poco

fondate (e addirittura pericolose per l'economia nazionale) le argomentazioni contrarie ce lo spega bene Corte cost. 189/2001.
Inoltre, occorre ricordare che l'assenza di "motivi imperativi di interesse generale" a che si possa disporre (mantenere o reintrodurre) un limite all'accesso alla professione è fatto che integra anche sproporzione della regolazione rispetto al fine dalla stessa perseguito. Al riguardo, la Corte di giustizia, nella sentenza sul caso Jakubowska (causa C-225/09), pur non essendo chiamata espressamente a decidere della proporzionalità della l. 339/03, ha ammonito (vedasi il punto 61 della sentenza) che le regole stabilite per prevenire i conflitti di interessi degli avvocati non devono andare al di là di quello che è necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interessi.

IL TENTATIVO DEL CNF DI ESCLUDERE DALL'AMBITO DI OPERATIVITA' DEL DPR 137/2012 TUTTA LA MATERIA DELLE INCOMPATIBILITA'.

Il Consiglio Nazionale Forense ha pubblicato sul suo sito un documento rivolto ai COA intitolato "Aspetti problematici del DPR 7 agosto 2012, n. 137" in risposta ai quesiti giuntigli dai COA. Vi si legge, con riguardo all'art. 2 del DPR 137/2012, che non sarebbero cambiate le cause di incompatibilità. Si specifica: *"E' stata anche rimossa -rispetto alla prima versione del DPR- la disposizione che innovava in tema di cause di incompatibilità con l'iscrizione nell'albo ("vecchio" art. 8). Il richiamo ai "motivi imperativi di interesse generale" xge possono precludere l'iscrizione conferma tale impostazione* ".
La interpretazione "conservatrice" del CNF tende a ridimensionare la necessaria apertura radicale alla concorrenza nei servizi professionali legali. Il CNF, però, sbaglia a ritenere importante a fini interpretativi la scomparsa dell'art. 8 dello schema di DPR approvato in via preliminare dal Governo il 15/6/2012 (che affermava: "*l'esercizio dell'attività professionale è incompatibile esclusivamente con le attività che ne pregiudicano l'autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico* "). Tale scomparsa non è, infatti, indice di inoperatività del DPR 137/2012 sull'intero tema delle incompatibilità. Nè si può condividere il ragionamento che probabilmente è alla base della posizione assunta dal CNF e che fu esplicitato dalla COMMISSIONE GIUSTIZIA DELLA CAMERA NEL SUO PARERE SULLO SCHEMA DI DPR allorchè scrisse: "
la disciplina delle incompatibilità all'esercizio della professione non rientra nell'oggetto dell'intervento regolamentare in delegificazione autorizzato dal richiamato art. 3, comma 5, del d.l. 138/2011
" e "
affidare la disciplina delle incompatibilità ad una formulazione di carattere generico e valida per tutte le professioni regolamentate comporta il rischio di notevoli distorsioni interpretative e conseguenti gravi incertezze applicative, non considerando adeguatamente le specificità legate alle singole professioni regolamentate
").
OCCORRRE RISPONDERE A TALE RAGIONAMENTO CHE ESCLUDERE LE INCOMPATIBILITA' DALL'AMBITO D'AZIONE DEL DPR EMANATO A SEGUITO DI DELEGA EX D.L. 138/2011 COSTITUISCE UNA INACCETTABILE "MUTILAZIONE" DELL'OPERAZIONE DI LIBERALIZZAZIONE DELLE PROFESSIONI ED E' UN GRAVE ERRORE PERCHE':

1) NON IMPEDIREBBE L'EFFETTO ABROGATIVO AD OPERA DELL'ART. 3, COMMA 5-BIS, D.L. 138/2011;
2) AZZEREREBBE, IN SOSTANZA (SFIORANDO IL RIDICOLO) L'OPERAZIONE INTITOLATA ALLA "ABROGAZIONE DELLE INDEBITE RESTRIZIONI ALL'ACCESSO E ALL'ESERCIZIO DELLE PROFESSIONI" (ART. 3 D.L.);
3)NON PUO DEDURSI DALL'ELIMINAZIONE DEL VECCHIO TESTO DELL'ART. 8 PERCHE' TALE ELIMINAZIONE E' DOVUTA SEMPLICEMENTE AL FATTO CHE IL RIFERIMENTO AI "MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE" COME UNICI LIMITI POSSIBILI ALL'ACCESSO (ART. 2, CO 1, DPR 137/2012) LO RENDEVA SUPERFLUO.

... e per far meglio valere il tuo diritto al libero lavoro intellettuale, aderisci e invita altri ad aderire al social network www.concorrenzaeavvocatura.ning.com e aderisci al gruppo aperto "concorrenza eavvocatura" su facebook
(contano già centinaia di adesioni). Unisciti ai tanti che rivendicano una vera libertà di lavoro intellettuale per gli outsiders e, finalmente, il superamento del corporativismo nelle professioni ! ...