{mosimage} Nel numero di novembre di *Guida al pubblico impiego* è pubblicato un mio articolo di commento dell'ordinanza di rimessione in Corte costituzionale della legge 339/03 con la quale il Tribunale di Napoli interroga il giudice delle leggi circa la necessità di salvaguardare il diritto quesito dei c.d. avvocati-part-time a rimanere iscritti all'albo degli avvocati. LEGGI DI SEGUITO ... e per un commento scrivimi all'indirizzo perelli.maurizio@libero.it

E' stata pubblicata sulla G.U. del 15/10/08 l'ordinanza del Tribunale di Napoli che rimette alla Corte costituzionale una nuova questione di costituzionalità della l. 339/03, incentrata sulla necessità di salvaguardare il diritto quesito dei c.d. avvocati-part-time (dipendenti pubblici a part time ridotto iscritti, tra il 1997 e il 2003, all'albo forense ex art. 1, comma 56 e ss, l. 662/96) a rimanere iscritti nell'albo degli avvocati. La questione prospettata dal Tribunale di Napoli (che ne aveva già sollevata altra, decisa con pronuncia di inammissibilità in data 22/11/06) evidenzia nuovi profili di costituzionalità, concludendo che "gli articoli 1 e 2 della legge n. 339 sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono che il regime di incompatibilità stabilito nell'art 1 non si applichi ai dipendenti pubblici a tempo parziale ridotto non superiore al 50 per cento del tempo pieno, già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 339 del 2003, prevedendo invece, all'art. 2, solo un breve periodo di "moratoria" per l'opzione imposta fra impiego ed esercizio della professione". Attraverso una analitica esposizione della contraddittoria disciplina legislativa dell'esercizio della professione forense da parte dei dipendenti pubblici a part time ridotto (tra il 30% e il 50% dell'orario ordinario di lavoro), succedutasi a partire dalla l. 662/96, il Tribunale napoletano individua una violazione del principio di sicurezza giuridica, di certezza del diritto, ad opera delle disposizioni della l. 339/03. Vengono in particolare censurate quelle disposizioni di legge che, nel reintrodurre l'incompatibilità (che s'era cancellata appena nel 1996), hanno frustrato l'affidamento, particolarmente fondato, di taluni dipendenti pubblici nella possibilità di esercitare stabilmente la professione forense dopo aver trasformato il loro rapporto di lavoro da tempo pieno ad una forma di part time particolarmente ridotto. Tale trasformazione era stata loro prospettata dalla l. 662/96 (art. 1, comma 56 e ss.) come condizione per l'accesso anche a quel particolare settore del mercato dei servizi professionali che è la professione forense, professione peraltro definita "naturalmente concorrenziale" da Corte costituzionale 189/01. Il Tribunale di Napoli sottolinea che tale ultima sentenza ha connotato come particolarmente fondato l'affidamento nella definitiva possibilità di esercitare la professione forense in quei soggetti che avevano rinunciato ad almeno metà dello stipendio pubblico per ottenere l'iscrizione all'albo degli avvocati. Nello stesso senso rammenta pure come un'altra sentenza della Corte costituzionale, la n. 171/99, aveva riconosciuto che le disposizioni dell'art. 1, comma 56 e ss., della l. 662/96 che regolano il regime delle incompatibilità e del part-time alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni costituiscono, in base alla loro natura oggettiva, "principi fondamentali" della legislazione statale. Non c'è dubbio, in effetti, che nel sistema delineato dalla Costituzione, la libertà di iniziativa economica è il principio generale, l'abilitazione professionale come condizione d'accesso al mercato delle professioni è l'eccezione e la necessità di iscrizione in un apposito albo professionale è eccezione nell'eccezione. Ebbene, in tale quadro il riconoscimento, ad opera delle sentenze della Corte costituzionale n. 171/99 e n. 189/01, della piena legittimità del regime di compatibilità tra avvocatura e impiego pubblico a part time ridotto aveva ingenerato legittimamente un granitico affidamento nella serietà dell'impegno statale a non incidere capricciosamente, nel futuro, sulle vite che i liberi cittadini s'erano riorganizzate, aderendo a

quella incentivazione del part time cui il Tribunale di Napoli non manca di far riferimento. A fronte del sacrificio di tale sicuro affidamento il giudice napoletano ritiene inadeguato il “rimedio” che la l. 339/03 ha ritenuto di poter individuare nella previsione di una breve deroga temporale all’operatività, nei confronti dei suddetti “avvocati-part-time”, del reintrodotto principio di incompatibilità tra avvocatura e impiego pubblico a part time. Afferma espressamente che nel necessario bilanciamento fra la libertà del legislatore di cambiare idea per il futuro e le aspettative legittime e consolidate dei professionisti già iscritti negli albi, non possono che essere queste ultime a prevalere, imponendo di escludere l’applicazione (sostanzialmente retroattiva) del nuovo regime di incompatibilità a coloro che già erano iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della legge n. 339 del 2003.
A mio avviso il Tribunale di Napoli con piena ragione segue il principio di necessaria proporzionalità della regolazione e di bilanciamento fra principi costituzionali, in linea, peraltro, con quelle che paiono le ultime direttrici della verifica di costituzionalità delle previsioni legislative di incompatibilità. E infatti la Corte costituzionale, nella sentenza 240/2008, relatore e redattore Cassese, su questione in parte analoga a quella che ci interessa (si trattava della incompatibilità "per lite pendente" dell'amministratore pubblico nei confronti dell'ente che egli amministra), ha affermato" ... E' vero che l'art. 97 Cost. impone al legislatore di regolare, come afferma il rimettente, le «situazioni più evidenti ed indiscutibili di conflitto di interessi». Ma ciò non significa che il legislatore debba risolvere ogni situazione di conflitto di interessi con il principio della incompatibilità. Nel bilanciamento fra i principi previsti dagli artt. 51 e 97 della Costituzione, il compito del Parlamento è quello di valutare in modo ragionevole le diverse ipotesi di conflitto e, in relazione alla gravità di ciascuna, graduare il trattamento normativo più appropriato e proporzionato. Questo può essere di volta in volta rappresentato non solo dalla ineleggibilità o dalla incompatibilità, ma anche dall'obbligo di astenersi o di dichiarare la situazione di conflitto. La previsione di una incompatibilità non costituisce, quindi, l'unica soluzione a disposizione del legislatore per porre rimedio alla specifica situazione di conflitto di interessi dell'amministratore titolare della rappresentanza organica di un soggetto avente lite pendente con l'ente locale.". Ebbene, se quanto ritenuto in sent. 240/08 non configura un esplicito ripensamento rispetto alla radicale affermazione di cui alla sentenza 390/06, secondo la quale solo la manifesta irragionevolezza della legge è limite alla deteriore innovativa regolazione legislativa dei rapporti di durata (vedasi, al riguardo, Alessandro Pace, in "Giurisprudenza costituzionale", n. 6/2006, pag. 4073-4076), almeno costituisce un approfondimento della questione dei limiti alla discrezionalità del legislatore che, con riguardo specifico ai rilievi di incostituzionalità prospettati dalla ordinanza napoletana in esame, fa prevedere una declaratoria di incostituzionalità se non sarà possibile, per il Giudice delle leggi, individuare una interpretazione costituzionalmente orientata della legge 339/03. In sintesi non pare che il limite della <<manifesta irragionevolezza>> della innovazione legislativa (incidente su status pienamente e a lungo esercitati) possa riconoscersi come il solo limite che incontra il legislatore se l’innovazione legislativa si voglia applicare anche a danno della tutela dell'affidamento e della certezza del diritto.
Pare decisivo quanto affermato da Corte costituzionale n. 168/2004, per cui: "di ben diversa consistenza sono le ragioni che giustificano la salvaguardia di una situazione (acquisizione di un posto di ruolo) caratterizzata nella attualità dal diritto alla sua permanenza - jus in officio - rispetto a quelle che possono essere addotte per rivendicare la conservazione di una posizione per sua natura virtuale (collocamento in una graduatoria)". E si vedano pure Corte costituzionale, sent. 17/12/85, n. 349; 14/7/88, n. 822; 4/4/90, n. 155; 10/2/93 n. 39;

nonchè Corte dei conti, sez. un. 7/07 per cui: “L'affidamento nella sicurezza giuridica costituisce invero un valore fondamentale dello Stato di diritto, costituzionalmente protetto nel nostro ordinamento … ora ancor più rilevante considerato che lo stesso legislatore prescrive che l’attività amministrativa sia retta (anche) dai principi dell’ordinamento comunitario (articolo 1, primo comma, della legge 7 agosto 1990 n. 241 quale modificato dall’articolo 1 della legge 11 febbraio 2005 n. 15), nel quale il principio di legittimo affidamento è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria in un’ottica di accentuata tutela dell’interesse privato nei confronti delle azioni normativa e amministrativa delle istituzioni europee (Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 2004, causa C-459/02; 14 febbraio 1990, causa C-350/88; 3 maggio 1978, causa 112/77)”.
E ancora: la sentenza della Corte costituzionale sulla legge c.d. Cirielli (sentenza 393/2006) affronta la questione del quando sia necessario, nel giudizio di costituzionalità ex art. 3 Cost., un "vaglio positivo di ragionevolezza". Detta sentenza afferma che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole. Ebbene, oltre che nei confronti della norma penale più favorevole al reo, anche nei confronti delle norme legislative che -come quelle censurate dal Tribunale di Napoli- siano limitatrici della naturale concorrenzialità della professione forense (come riconosciuta da Corte cost. 189/01) e neghino il principio di certezza del diritto, deve affermarsi che la scelta legislativa di derogare detta naturale concorrenzialità, attraverso la previsione di cancellazioni d'ufficio di soggetti precedentemente iscritti all'albo in virtù di previgente regola meno rigida di incompatibilità, deve essere almeno sottoposta ad un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole. Non potrà, in altri termini, adottarsi la logica formale seguita da Corte cost. 390/06 che esaminò la legittimità del divieto di “nuove” iscrizioni all'albo forense degli impiegati pubblici che aspiravano all'iscrizione in quell’albo dopo l'entrata in vigore della l. 339/03. Allora la Corte potè salvare la (diversa rispetto a quella su cui dovrà ora esprimersi) disposizione della l. 339/03 sottoposta al suo esame sostenendo che la non manifesta irragionevolezza del regime che precedentemente prevedeva la compatibilità non comporta di necessità manifesta irragionevolezza del regime opposto che ha reintrodotto l'incompatibilità. Di fronte all'affidamento dei “vecchi iscritti” -soggetti che hanno operato con fiducia nello Stato di diritto scelte di vita assolutamente fondamentali- rafforzato da Corte cost. 189/01, una tale logica formale non potrà però adoperarsi e, al contrario, nel vagliare la costituzionalità della cancellazione d'ufficio dagli albi professionali prevista dalla l. 339/03 si dovrà seguire la linea tracciata da Corte cost. 393/2006. In definitiva le disposizioni della l. 339/03 che prevedono la cancellazione d’ufficio dagli albi degli avvocati potranno essere “salvate” dalla Corte costituzionale solo se supereranno un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione al vigente complessivo sistema delle compatibilità-incompatibilità nella professione forense. Parafrasando la citata sentenza sulla “legge Cirielli” si può affermare che il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di naturale concorrenzialità della professione forense e dal principio d'affidamento nello Stato di diritto –quale emerge dal grado di protezione accordato dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario– impone di ritenere che il valore da essi tutelato non può essere sacrificato da una legge ordinaria che non appaia posta a tutela di interessi di analogo rilievo e capace di perseguirli in un quadro sistematico e coerente (cfr. Corte cost. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del

1993).
E ancora, sul punto, si noti come la sentenza della Corte costituzionale 443 del 21/12/07 ribadisca (vedi specialmente paragrafo 6.3 delle considerazioni in diritto) la "funzionalizzazione finalistica" della <<tutela della concorrenza>> imposta dall'art. 117 della Costituzione, che, anche in materia di servizi professionali di avvocato, deve essere contrassegnata da "limiti oggettivi di proporzionalità ed adeguatezza più volte indicati da questa Corte (da ultimo, sentenze n. 430 e n. 401 del 2007)". Ciò avvalora ancor più le censure sollevate dall'ordinanza napoletana a salvaguardia dei diritti quesiti di soggetti iscritti all'albo degli avvocati talora da quasi dodici anni.
Numerose altre riflessioni stimola l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Napoli.
Innanzitutto non pare fuor di luogo rammentare l'attenzione in passato riconosciuta alla salvaguardia dei diritti quesiti, anche in deroga alla disciplina ordinaria delle iscrizioni nell'albo degli avvocati, dal Consiglio Nazionale Forense (che tra l'altro è giudice speciale innanzi al quale pendono decine di ricorsi di "avvocati-part-time" cancellati dagli albi in forza della l. 339/06). E infatti, col parere 9 maggio 2007, n. 12-bis, la commissione pareri del C.N.F. ha espresso parere in relazione ad un quesito rivoltogli dall'Ordine di Siena e riguardante il dipendente di un ex istituto di credito di diritto pubblico, poi trasformato in società per azioni, che (ex l. 218/1990) aveva potuto conservare l'iscrizione nell'elenco speciale dell'albo degli avvocati. Secondo il C.N.F. la norma di cui all'art. 3, secondo comma, della legge 30 luglio 1990, n. 218, nella parte in cui fa salvi i diritti «rivenienti dalla originaria natura pubblica dell'ente di appartenenza» è disposta a favore di coloro che, al momento della trasformazione dell'istituto bancario di diritto pubblico in società azionaria, rivestivano la qualità di dipendente dell'istituto stesso e fossero già iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo che raccoglie gli avvocati di enti pubblici. Costoro -afferma il C.N.F.- hanno ottenuto la possibilità di conservare un beneficio collegato alla natura pubblica dell'istituto di appartenenza e non si tratta con tutta evidenza, di un privilegio personale, quanto piuttosto di un diritto quesito inerente al rapporto di lavoro con l'ente.
Anche in qualità di giudice speciale, in altra circostanza, il Consiglio Nazionale Forense (sent.11/7/98, n. 88, d'accoglimento di ricorso, in sede di rinvio a seguito di sentenza della Cassazione 3/4/97, avverso decisione C.N.F. 14/12/95) ebbe a dichiarare, in materia di cancellazione per incompatibilità di un dipendente di ente pubblico privatizzato, la necessità di tutelare i diritti quesiti di iscrizione all'albo e addirittura le aspettative di iscrizione. Secondo il principio formulato dalla Cassazione, cui il C.N.F. dovette attenersi in sede di rinvio, decise, infatti, che deve essere revocata la delibera del C.d.O. con la quale si era cancellato dall'albo speciale degli avvocati il dipendente di un ente creditizio oggetto di privatizzazione, in quanto l'art. 3 legge 30 luglio 1990 n. 218 tutela anche l'aspettativa di quei praticanti, iscritti alla pratica forense quali dipendenti di tali enti creditizi ed addetti all'ufficio legale dei medesimi, che abbiano compiuto l'intero periodo di pratica in tale condizione, ottenendo il certificato di avvenuto compimento della pratica stessa prima della privatizzazione di tali enti.
Avv. Maurizio Perelli www.servizi-legali.it