

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 22623/2010, depositata l'8/11/2010 è nota per aver aperto l'albo forense ai maestri elementari. Ci consente di ragionare delle incompatibilità forensi e, più in particolare, dei limiti di legittimità costituzionale di una ipotizzabile incompatibilità: quella con la titolarità di un rapporto di lavoro subordinato, pubblico o privato. Tema attualissimo.
Detta sentenza 22623, richiamando Corte costituzionale 390/06, afferma che dal principio costituzionale della libertà di insegnamento discende non solo che il rapporto di impiego (ed il vincolo di subordinazione da esso derivante) non può incidere sull'insegnamento ma discende anche, ed a fortiori, che il rapporto di impiego “non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense”.
Tali affermazioni sembra debbano intendersi nel senso che come il rapporto di impiego pubblico non può ritenersi fattore limitativo della libertà di colui che insegna (l'impiego pubblico, cioè, non condiziona negativamente l'attività di insegnamento), allo stesso modo, anzi a fortiori, esso rapporto di impiego non deve ritenersi fattore limitativo della libertà dell'avvocato nell'esercizio della sua professione (l'essere impiegato pubblico, cioè, non condiziona negativamente l'esercizio autenticamente libero della professione forense).
Ha ragione Cass 22623/2010 nel riconoscere non sempre preminente, rispetto ad altri diritti, la “libertà nell'esercizio della professione forense” e cioè la “libertà” da altri impegni lavorativi da parte di chi faccia l'avvocato.
Ha ragione nel riconoscere, in particolare, che un limite della tutela della “libertà nell'esercizio della professione forense” deve trovarsi nel concreto confronto di tale “libertà” col valore costituzionale, di necessità prevalente, della libertà di insegnamento, che nella nostra Costituzione è riconosciuta all'art. 33.
Questa della Cassazione è una decisa affermazione di libertà da presunzioni odiose di incompatibilità ed è importante perchè, a fronte di un concetto vago di “libertà” dell'avvocato da altre attività che ne condizionino la professione, ribadisce la necessità che tale evanescente “libertà” sia comunque soggetta e sottoordinata (in primo luogo al fine di definirne i connotati) ai valori enunciati in Costituzione.
Concordo pienamente con Cass. 22623/2010 poichè la “libertà” nell'esercizio della professione forense rischia di essere una ben strana libertà castrante ed è, comunque, concetto non certo enunciato in Costituzione come diritto da tutelare.
La c.d. “libertà” da altri lavori, diversi da quello dell'avvocato, non può esser ritenuta sempre necessaria al fine di garantire alla persona dell'avvocato quel livello di indipendenza indispensabile all'avvocato medesimo per curare bene gli interessi del suo assistito. Occorre al contrario, in ossequio al principio della proporzionalità della regolazione, limitare le presunzioni odiose di incompatibilità a casi eccezionali nei quali i conflitti di interessi siano, quantomeno, ipotizzabili come rilevanti, frequenti e senza rimedi efficaci (vedasi Corte cost. 189/2001). Sul punto pare importante ricordare che le SS.UU. della Cassazione, con sentenza 14619/2002

(recentemente confermata da Cass. SS.UU. 18/12/2009, n. 26631) hanno riconosciuto che il codice deontologico forense sancisce l'obbligo per l'avvocato di astenersi dal prestare attività professionale solo quando sia stata accertata l'esistenza e la verificazione, in concreto, di un conflitto col proprio assistito e non anche in presenza di un conflitto di interessi meramente potenziale con esso. Se ciò è vero non si vede come possa esser ritenuta fonte di incompatibilità una situazione di fatto che non è neppure ritenuta dalla Cassazione, per l'avvocato, possibile causa di astensione dal prestare la sua attività.
Ciò non di meno troppo spesso la “libertà” da altri lavori è evocata a sproposito, come necessario presidio di necessaria indipendenza dell'avvocato. Va detto chiaramente, a questo punto, che quasi sempre ciò è fatto per ammantare di legittimità costituzionale le rivendicazioni corporative dell'ex ceto forense (il quale, nonostante abbia fondato sull'attaccamento al sistema corporativo anticoncorrenziale la sua progressiva proletarizzazione, cerca ancora riforme anticoncorrenziali): si giunge, per questa china, ad affermare che la “libertà” dell'avvocato da altri lavori è un aspetto del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione.
Una tale affermazione va assolutamente contraddetta poiché l'art. 24 Cost. arriva a salvaguardare, semmai, la possibilità di scegliersi come difensore un abilitato a propria scelta, ma non si spinge certo a connotare in questo o quel modo le caratteristiche del professionista avvocato (bastando, a livello costituzionale, la garanzia del superamento dell'esame di stato). Tali connotazioni, comprese quelle delle incompatibilità, sono demandate alla legge ordinaria che deve rispettare (e Cass. 22623/2010 implicitamente ce lo ricorda) e semmai ampliare e non certo comprimere (l'impone il principio di concorrenza ormai riconosciuto dall'art. 117 Cost. e pure l'art. 3 Cost.) gli spazi di libertà individuali.
Ci si può, dunque, domandare se, oltre a quello della libertà di insegnamento di cui all'art. 33, altri valori espressi in Costituzione debbano ritenersi preminenti rispetto al valore della “libertà” da altri lavori nell'esercizio della professione forense.
Ci si deve immediatamente domandare, da parte del legislatore che sta riformando la professione forense, con quali valori e libertà costituzionalmente garantite devono fare i conti le incompatibilità prospettate nel disegno di legge di riforma forense affinchè non siano affermate con legge delle preclusioni incostituzionali all'accesso e alla continuazione nell'esercizio della professione?
Abbozzo un elenco:
il diritto all'esplicazione della propria personalità (art. 2 Cost.);
il diritto alla sicurezza giuridica-affidamento nella legge, nonché di eguaglianza, ragionevolezza e logicità (art. 3 Cost.);
il diritto al lavoro (art. 4 Cost.);
il diritto di farsi difendere da un abilitato all'esercizio della professione di avvocato (art. 24 Cost.);
il diritto ad esercitare la professione dopo aver superato l'esame di abilitazione professionale (art. 33 Cost.);
il diritto al lavoro professionale (art. 35 Cost.);
il diritto alla libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.);
il diritto alla sicurezza giuridica-affidamento nelle leggi, riconosciuto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondametali, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo (che è stata riconosciuta da Corte cost. 348/07 e 349/07 come norma di rango costituzionale “interposta”) (art. 117 Cost.);
il diritto alla concorrenza che deve regolare il mercato dei servizi professionali d’avvocato (Corte

cost. 189/01) (art. 117 Cost.).
In sintesi: se è vero quel che afferma Cassazione 22623/2010 e cioè che l'esistenza di un principio costituzionale deve valere a determinare il contenuto rivendicabile di principi sanciti in leggi ordinarie, quali la “libertà” dell'avvocato da altri lavori (e cioè, in concreto, le incompatibilità dell'avvocato) allora ciò deve esser vero anche con riguardo ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 4, 24, 33, 35, 41, 117 Cost. per come sopra connotati. Si deve in altri termini ritenere che la applicazione di tutti questi principi debba valere per individuare i limiti del potenzialmente “distruttivo” (di altri diritti, addirittura costituzionali) principio di “libertà nell'esercizio della professione forense”.

Provando a fare degli esempi di censure di incostituzionalità avverso qualche cervellotica incompatibilità all'esercizio della professione forense:

A)

UN PRIMO ESEMPIO: prendiamo in esame la incompatibilità tra esercizio della professione di avvocato e la titolarità di un ulteriore rapporto di lavoro (e soprattutto di un ulteriore rapporto di lavoro pubblico a part time).
In effetti, che la declaratoria di incostituzionalità di una tale incompatibilità sia inevitabile lo dimostra (per limitarsi alle considerazione derivanti dalle ultime novità normative) il regime della mediazione finalizzata alla conciliazione, che s'é arricchito da poco tempo del regolamento sulla mediazione delle controversie (D.M. 180 pubblicato in G.U. del 4 novembre 2010).
Questo regime consente agli avvocati (magari “intruppati” dai propri Consigli degli Ordini nelle vesti di organismi di conciliazione) di svolgere il ruolo di “mediatori”, un ruolo che è disegnato indiscutibilmente dal complesso della disciplina della mediazione (e ancor più dai regolamenti che tale disciplina consente agli organismi di mediazione di emanare) come ruolo di parasubordinato dell’organismo pubblico o privato di mediazione.
Il D.M. 180/2010 e tutta la normativa sulla mediazione configurano l’attività individuale e veramente autonoma dell’avvocato ben compatibile con una attività di mediatore (ovviamente esercitata a part time) che risponde agli indici dell’attività di lavoro subordinato o parasubordinato.
In ciò il regime della “mediaconciliazione” si dimostra coerente con le norme di maggior peso “quantitativo” (cioè di maggior impatto quanto a numero di abilitati all'esercizio della professione che risultano interessati alla loro applicazione) e di maggior peso “qualitativo” (cioè di maggior impatto quanto al livello del conflitto di interessi ipotizzabile in relazione alla loro applicazione) che caratterizzano il sistema delle compatibilità e incompatibilità con la professione forense.
Ma se dunque aveva ragione il TAR Lazio (sez. I, ordinanza 10125 del 28/4/2004) a definire il quadro delle compatibilità-incompatibilità forensi come “quadro ordinamentale ispirato all'esigenza del minimo sacrificio delle opportunità professionali”, si rileva eccentrica, irragionevole e incostituzionale la previsione di una incompatibilità tra esercizio della professione forense e il lavoro subordinato (specialmente quello pubblico a part time in ordine al quale la Corte costituzionale, con sentenza n. 189/01, ha ampiamente dimostrato la adeguatezza dei rimedi previsti per qualunque professione dai commi 56 e ss. dell'art. 1 della l. 662/96).
Ancor più evidente l'incostituzionalità delle cancellazioni dei c.d. “vecchi avvocati part time” ex art. 2 l. 339/03. Riguardo ad esse basti ricordare quanto affermava il Mortati: “il dovere dell'autorità di procurare lavoro non sarebbe interamente soddisfatto se non si facesse anche valere nel senso di garantire il lavoro in atto fino a quando una causa di interesse generale, obiettivamente apprezzabile, non renda impossibile siffatto mantenimento”.

B)
UN SECONDO ESEMPIO:
La l. 215/2004 consente a Ministri, Viceministri, Sottosegretari di Stato e titolari di altre alte cariche pubbliche di svolgere la professione di avvocato col limite evanescente dell'esercizio in materie non connesse al loro ufficio pubblico. Ciò è semplicemente assurdo perchè certamente comporta un maggior rischio di accaparramento di clientela e un maggior ridhio di conflitto di interessi rispetto a quello ipotizzato a fondamento della previsione di incompatibilità tra esercizio della professione forense e mera titolarità di un rapporto di lavoro, magari pubblico e a part time ridotto (pensiamo a un usciere ministeriale in part time ridotto al 30%).
Certo l'Avv. Roberto Maroni, attuale ministro dell'Interno, iscritto all'albo di Varese (così risulta accedendo al sito dell'Ordine Avvocati di Varese il 12/11/2010)probabilmente ora non esercita. Ma è una sua scelta: potrebbe.
E il ministro Roberto Maroni non è il solo: basta andare sul sito del CNF, cliccare su “banca dati on-line” e poi su “albo speciale cassazionisti” e digitare “Tremonti” e si legge (io ho fatto questo "giro" su internet il giorno 12/11/2010) che il ministro Giulio Tremonti è tuttora iscritto all'albo speciale dei cassazionisti, data di iscrizione 2004, foro di appartenenza Milano.
E', dunque, evidente l'incostituzionalità della previsione di incompatibilità tra avvocatura e impiego (soprattutto pubblico a part time ridotto) per l'ingiustificabile disparità di trattamento con soggetti astrattamente ben più “pericolosi” (le alte cariche di cui alla l. 215/04) del semplice impiegato per il bene dell'indipendenza dell'avvocato e per il bene della salvaguardia da conflitti di interesse e da accaparramento di clientela.
Una ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale anche su ciò dovrebbe puntare (a differenza di quella che, incentrata sul confronto colle altre professioni, consentì alla Corte costituzionale di salvare la l. 339/03 per la questione del divieto di iscrizione di nuovi avvocati part time).

UNO SGUARDO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
Peraltro, il diritto al lavoro professionale è, ormai, pure per il diritto dell'Unione europea, un diritto inviolabile di libertà. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona esso è stato rafforzato attraverso la nuova forza dell'art. 1 e dell'art. 15 della Carta di Nizza (che è stata recepita con lo stesso valore del Trattato sulla Unione).
Infatti, come afferma Cass., III sez., n. 2352/2010, l'art. 1 della Carta di Nizza (secondo cui <<La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata>>) “regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale)”, mentre l'art. 15 della Carta di Nizza (che afferma al comma 1 <<Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata>>) “regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà”.
Va pure ricordato che, al riguardo, la terza sezione della Cassazione (nella medesima linea di SS.UU. 22623/2010), con sentenza n. 2352/2010, dopo aver riconosciuto il “nuovo” valore degli artt. 1 e 15 della Carta di Nizza, afferma: “La filonomachia della Corte di cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo”.
Infine si ricordi che per la Corte di giustizia (sentenza del 14 settembre 2010 nella causa C-550/07, Akzo Nobel Chemicals Ltd contro Commissione) la definizione di avvocati indipendenti (e del concetto, troppe volte evocato a sproposito e travisato, di

indipendenza dell'avvocato) è ben precisa. "Avvocati indipendenti" significa "avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego". Se ne deduce che è "indipendente", nel senso di dotato della indipendenza di giudizio necessaria per svolgere al meglio la sua funzione, l'avvocato che abbia un rapporto di lavoro subordinato con soggetti diversi dal suo cliente.