

Per Cassazione Sez. Un. 28170/08 l'incompatibilità tra impiego pubblico a part time ridotto e esercizio della professione forense risulta ancora oggi

rimossa dall'art. 1, comma 56 e 56 bis, della legge 662/96

. Le, sia pur stringate, affermazioni delle Sezioni Unite (formulate in sentenza dedicata al riconoscimento della compatibilità tra attività di carabiniere e pratica da avvocato senza esercizio del patrocinio) non possono essere altrimenti intese e confermano la mia interpretazione costituzionalmente orientata della legge 339/03, per cui questa non ha reintrodotto una incompatibilità in senso tecnico (che ovviamente non poteva esser reintrodotta "a scoppio ritardato" e cioè prevedendone una efficacia differita di 36 mesi) ma ha solo disposto un divieto, per il futuro (a partire dalla data di sua entrata in vigore), di iscriversi agli albi degli avvocati ulteriori dipendenti pubblici a part time. La decisione delle Sezioni Unite, a mio avviso, dovrebbe determinare per la Corte costituzionale -se mai giungerà ad esaminare nel merito la vexata quaestio- il dovere di riconoscere che i diritti quesiti degli avvocati-part-time a rimanere iscritti agli albi sono già tutelati dalla suddetta corretta interpretazione della l. 339/03. Infatti le leggi non si dichiarano incostituzionali perchè ne è possibile una interpretazione che le faccia qualificare tali ma solo perchè non ne è possibile una interpretazione che le renda costituzionalmente legittime.

LEGGI DI SEGUITO, SUL TEMA, UN ESTRATTO DI UN MIO ARTICOLO PUBBLICATO SU "GUIDA AL PUBBLICO IMPIEGO " DI GENNAIO.

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 28170/08 puoi leggerla anche su www.concorrenzaeavvocatura.ning.com (nella discussione "*Praticante e dipendente è possibile. Tra poco sarà possibile anche avvocato e dipendente?*").

(per un commento scrivimi all'indirizzo

perelli.maurizio@libero.it

/ per le news precedenti clicca su "Notizie" nella colonna di sinistra / e aderisci e invita altri a aderire ai social network

www.concorrenzaeavvocatura.ning.com

)

PARADOSSI SOLO APPARENTI E REALI PRESUNZIONI ODIOSE CHE LIMITANO IRRAGIONEVOLMENTE I DIRITTI DI LIBERTÀ - I DIRITTI QUESITI DEI C.D. "AVVOCATI-PART-TIME"

Più volte richiamando Corte costituzionale 189/2001 (che qualificò naturalmente concorrenziale il mercato dei servizi professionali di avvocato) la sentenza della Cassazione n. 28170/2008, nel decidere questione che riguarda solo un dipendente pubblico (carabiniere) ha ritenuto giustamente necessario formulare un giudizio di ampia portata, il quale non può non valere anche per i dipendenti privati ed ha valenza tale da regolare situazioni nelle quali si pongono problemi analoghi. Afferma, infatti, la Cassazione che il precludere, a chi ne avrebbe i mezzi, la possibilità di migliorare soltanto perché si è trovato nella condizione di aver dovuto accettare un lavoro insoddisfacente o non più adeguato, introduce uno sbarramento non in linea con i valori fondamentali dell'ordinamento. Inoltre, evidenziando la coerenza del sistema delle norme

(interpretato secondo lettera, logica, intenzione del legislatore, principio di proporzionalità della regolazione) e con evidente riferimento a situazioni ulteriori rispetto a quella del carabiniere ricorrente (che ovviamente -non potendo essere ammesso al part time- non beneficia certo delle "possibilità offerte dal surricordato art. 1, commi 56 e 56 bis della legge n. 662/1996") la Cassazione ha riconosciuto che l'art. 1, commi 56 e 56 bis della legge 662/1996 "ha rimosso le incompatibilità fra impiego pubblico part-time e professioni intellettuali". Un tale riconoscimento, che non può liquidarsi sbrigativamente come una digressione inutile (perché i carabinieri non possono "andare in part time") e fondata sulla presunta ignoranza della sopravvenienza della legge 339/03, costituisce, a ben vedere, la definitiva soluzione della annosa questione dei diritti quesiti dei c.d. "avvocati-part-time", di quei soggetti, cioè, che fidando nello Stato di diritto, trasformarono il loro rapporto di lavoro pubblico a tempo pieno in rapporto di lavoro a part-time ridotto (tra il 30% e il 50% dell'orario pieno) per poter accedere alla professione forense come consentì l'art. 1, commi 56 e seguenti della legge 662/1996. La Cassazione, cioè, ha –pur se sinteticamente- affermato che per tali soggetti risulta tuttora, rimossa l'incompatibilità fra impiego pubblico a part-time e professione forense, dovendosi quindi intendere che la legge 339/2003 non è valsa a reintrodurre per costoro una incompatibilità in senso proprio (che d'altronde non poteva essere una incompatibilità a "scoppio ritardato", operante –come alcuni sostengono- solo dopo 36 mesi dall'entrata in vigore della medesima legge 339/2003) ma soltanto l'onere di palesare al Consiglio dell'Ordine locale, pena la cancellazione d'ufficio dall'albo, la propria qualità di dipendente pubblico a part time ridotto. Implicitamente, dunque, la Cassazione ha avallato l'interpretazione costituzionalmente orientata della legge 339/2003 secondo cui tale legge, lungi dal reintrodurre una generale incompatibilità in senso tecnico (valida cioè per tutti) e disporre nel contempo l'operatività differita di 36 mesi per alcuni soggetti, ha solo impedito a dipendenti pubblici ulteriori (rispetto a quelli iscritti agli albi forensi tra il 1997 e il 2003) di accedere, dalla data di sua entrata in vigore, alla "categoria ad esaurimento" dei c.d. avvocati-part-time. Peraltro una interpretazione della legge 339/2003 secondo la sua formulazione letterale, ma anche una interpretazione logica, costituzionalmente orientata e in linea con la volontà del legislatore (pure per quanto risulta dalla sorte delle proposte di legge all'epoca presentate sul tema), dimostra che la Cassazione 28170/2008 ha ragione allorché afferma che risulta ad oggi rimossa una incompatibilità in senso proprio fra impiego pubblico a part time ridotto e professione forense. Anche la rimozione della incompatibilità in senso proprio tra impiego pubblico a part time e professione forense (con la correlata salvaguardia dei diritti quesiti per gli "avvocati-part-time" iscritti all'albo prima dell'entrata in vigore della l. 339/2003) si fonda sul superamento (avallato da Corte costituzionale 189/2001) di un apparente <<conflitto di appartenenze>>: quello introdotto, secondo alcuni, dall'art. 1, commi 56 e 56 bis della legge n. 662/1996.

Si consideri, inoltre, che: 1) la Corte di Giustizia, sez. VII, con ordinanza 5 maggio 2008 nella causa C-386/07, ha confermato l'applicabilità al servizio professionale di avvocato delle regole comunitarie antitrust che vietano agli Stati di introdurre ostacoli al raggiungimento dell'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese; 2) la sentenza della Corte di Giustizia 5/12/2006, nelle cause riunite C-94/04 e C-202/04, ha individuato una sola possibilità per i legislatori onali di invocare una eccezione al detto divieto: la ricorrenza di ragioni imperative di ordine pubblico. Ebbene, in relazione alle indicazioni della Corte di Giustizia, deve riconoscersi evidente che non ricorrono "ragioni imperative" per giustificare il sacrificio dei diritti quesiti degli avvocati-part-time e anche per costoro (come per il carabiniere di cui alla sentenza in

commento) va svalutata la portata di generiche, asistematiche e indimostrate esigenze di prevenzione d'abusi per conflitti d'interessi o conflitti di appartenenze. Troppo spesso il paravento della tutela avanzata dai detti "conflitti" copre l'inadeguatezza della necessaria amministrazione di controllo e troppo spesso presunzioni odiose limitano i diritti di libertà e la virtuosa concorrenza.

E ancora, se è vero che il legislatore deve regolare le situazioni più evidenti ed indiscutibili di conflitto di interessi, ciò non significa che debba risolvere ogni situazione di conflitto di interessi con il principio della incompatibilità. Nel bilanciamento fra i principi previsti dalla 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 incompatibilità, ma anche dall'obbligo di dichiarare la situazione di conflitto (vedasi in tal senso, esplicitamente, Corte costituzionale n. 240/2008).

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' E LE INCOMPATIBILITA' DI FATTO E DI DIRITTO

Il Consiglio di Stato, con decisione 6 marzo - 17 aprile 2007, n. 1736, ha affermato che anche in campo onale è pienamente riconosciuto il principio comunitario di proporzionalità. Si legge nella sentenza: "Il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario. Come è oggi confermato dalla clausola di formale recezione ex art. 1, comma 1, legge 241/1990, nel testo novellato dalla legge 15/2005. Equivalenza particolarmente pregnante nel sistema antitrust, articolato su un livello a due piani, onale e comunitario, il cui rapporto è retto dal principio di sussidiarietà. Esso, dunque, si articola in tre distinti profili: a) idoneità: rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo; b) necessità: assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. In virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio; c) adeguatezza: tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. In virtù di tale parametro, l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispetta una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione."

Sul numero 1/2007 di "La previdenza forense" Remo Danovi, ex presidente del C.N.F., in un articolo dal titolo "Il principio di incompatibilità e la riforma dell'ordinamento - Troppo rigore per l'incompatibilità", scriveva, tra l'altro, fornendo una interpretazione sistematica ed evolutiva dell'art. 3 del r.d.l. 1578/33: "... Insomma, mi sembra un attentato alla stessa dignità dell'avvocato e alla sua professionalità (quando poi, oggi, esistono perfino le società tra avvocati, s.t.p., legittimamente costituite ai sensi degli artt. 16 e segg. del d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96) escludere la possibilità per gli avvocati di assumere cariche all'interno dei consigli di amministrazione. ... A mio parere, dunque, non deve essere proclamata l'esistenza di una incompatibilità di diritto, nella assunzione di cariche societarie, ma di una incompatibilità di fatto,

laddove sia impedito lo svolgimento effettivo di una qualsiasi attività professionale in autonomia e indipendenza, per la pluralità degli incarichi o per le modalità di svolgimento degli stessi".

Mi pare che il ragionamento dell'ex presidente del C.N.F. debba essere esteso e che il principio di proporzionalità imponga di prevedere "incompatibilità di fatto" al posto di "incompatibilità di diritto" non solo con riguardo alla assunzione di cariche societarie da parte di avvocati, ma con riguardo a tutte o quasi le ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 3 della legge professionale forense.