

L'articolo 104 della Costituzione recita:
"*La **magistratura** costituisce un **ordine** autonomo e **indipendente** da ogni altro potere.*
Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica.
Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.
Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio.
Il Consiglio elegge un vicepresidente fra i componenti designati dal Parlamento.
***I membri elettivi del Consiglio** durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.*
***Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali**, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale".*

E' evidente che prevedere che gli avvocati eletti a membri del CSM non possano essere iscritti all'albo "finchè sono in carica" ha una valenza interpretativa circa la legittimità o illegittimità costituzionale di quelle disposizioni di legge che prevedono incompatibilità con l'esercizio della professione forense (e cioè divieti di iscrizione negli albi capaci di travolgere anche le iscrizioni precedenti il realizzarsi della causa di incompatibilità).
Infatti, nel bilanciamento di valori costituzionali cui fosse chiamata la Corte costituzionale a fronte d'una ordinanza di rimessione che dubitasse, (anche) in relazione all'art. 104 Cost., della costituzionalità d'una certa previsione di incompatibilità, si dovrebbe riconoscere che:
1)
la previsione dell'ultimo comma dell'art. 104 Cost., vietando che siano iscritti in albi professionali gli avvocati eletti al CSM, non è solo norma di garanzia d'indipendenza del CSM, ma è anche norma di garanzia della libertà individuale (che come insegna la Corte di Strasburgo <caso Bigaeva> comprende anche la libertà professionale), è articolo da leggere -soprattutto dopo le modifiche dell'art. 117 Cost. che espressamente attribuiscono allo Stato il ruolo di promotore della concorrenza- assieme all'art. 33 , comma 5, Cost. ("*E` prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale* "). **L'ultimo comma dell'art. 104, infatti, forma sistema completo di tutela con l'art. 33, comma 5, nel senso che mentre quest'ultimo prevede che per essere abilitati all'esercizio professionale sia necessario un esame di stato, l'iscrizione degli abilitati all'albo e l'esercizio concreto della professione alla quale s'è abilitati è, per il primo (oltre che per gli artt. 1, 2, 4, 35, 41) un diritto di libertà costituzionalmente garantito, con la sola eccezione, appunto, di cui all'ultimo comma dell'art. 104.**
Certo la Corte costituzionale potrà esser chiamata, nel solco di Corte cost. 189/01, a riconoscere la portata del riconoscimento espresso del valore della concorrenza operato dal nuovo art. 117.

Certo (prima o poi) risponderà positivamente, cancellando tutte le incompatibilità di cui all'art. 3 della legge professionale del 1933 in quanto sproporzionate e inadatte a raggiungere lo scopo che si prefiggono (evitare conflitti di interessi).
Con ciò, inoltre sarà coerente con quella sua recente giurisprudenza (la decisione del 12/3/2010, n. 93, conferma la ratio decidendi delle sentenze 348 e 349 del 2007) che ha riconosciuto quali norme costituzionali interposte gli approdi della Corte di Strasburgo e con quell'altra sua giurisprudenza che attribuisce all'art. 24 la funzione di garante delle parti sostanziali e non di garante dei professionisti che le difendono in giudizio.
2)
l'unico ordine al quale la Costituzione riconosce indipendenza è la magistratura. La Costituzione non riconosce, invece, nessuna garanzia di indipendenza nè all'avocatura nel suo complesso nè al singolo avvocato. Pertanto se pure quello dell'indipendenza dell'avvocato fosse un valore, esso sarebbe recessivo a fronte della libertà dei privati (questa si garantita costituzionalmente) d'organizzare la loro professione nelle forme del lavoro dipendente.