

Dalla newsletter del Consiglio Nazionale Forense n. 81 del 15 maggio 2012:

"Specialità della professione forense, il parere del professore Piero Alberto Capotosti: la giurisdizione speciale rende illegittimo l'intervento con regolamento ministeriale.

Strada sbarrata, a pena di incostituzionalità, a un eventuale regolamento ministeriale che ponga mano alla distinzione tra funzioni amministrative e funzioni disciplinari degli Ordini forensi.

La giurisdizione speciale del Cnf, infatti, è coperta da riserva di legge.

A stabilire i limiti dell'intervento governativo, sulla base dell'articolo 3, comma 5, lettera f) del decreto legge n. 138/2011 è il presidente emerito della Corte Costituzionale, Piero Alberto Capotosti, al quale il Cnf ha chiesto un parere che suona come warning al Governo: sul punto un regolamento ministeriale sarebbe illegittimo e incostituzionale.

L'autorevole parere è stato presentato sabato nel corso dell'incontro che si è svolto a Roma con gli Ordini forensi, le Unioni, la Cassa e le Associazioni, che hanno dato mandato al Cnf di inoltrarlo al Parlamento e al Governo.

"La giurisdizione del Cnf è di natura speciale, come più volte ha riconosciuto anche la Consulta", ha spiegato in quell'occasione il vicepresidente del Cnf Ubaldo Perfetti.

"Per intervenire sull'ordinamento forense occorre rispettare il quadro costituzionale e ci batteremo perché Cnf e Ordini trovino una adeguata disciplina in una legge dello stato". Non sarebbe opportuno, infatti, per il Cnf procedere con distinte soluzioni sull'assetto disciplinare di Ordini e Cnf.

Il quesito a cui l'insigne giurista ha dato risposta era se fosse applicabile al Cnf l'articolo 3, comma 5, lettera f del decreto legge n.138/2011, che stabilisce con norma generale la delegificazione anche per disciplinare la distinzione tra funzioni amministrative e disciplinari. Capotosti ha rilevato come diventi "dirimente" la veste specifica con la quale i diversi Consigli esercitino tali funzioni e ricorda che il Cnf esercita la funzione disciplinare come giudice speciale, come ha rilevato la stessa Corte Costituzionale. Questo significa che, in virtù dell'articolo 108 della Costituzione, opera la riserva di legge che preclude al legislatore di trasferire la competenza normativa in materia alla fonte regolamentare del governo."

MI PERMETTO DI DISSENTIRE IN PARTE DAL PARERE DEL PRESIDENTE EMERITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IN PARTICOLARE DALL'AFFERMAZIONE PER CUI: "*La conclusione, quindi, è imposta dalla riserva di legge di cui all'art. 108 della Costituzione, indipendentemente dalla cennata circostanza, secondo cui, per consolidato orientamento della Corte costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione, non si ravvisano esigenze costituzionalmente cogenti relative alla separazione, negli organi consiliari, delle funzioni amministrative da quelle giurisdizionali posto che la loro peculiare posizione apicale scongiura l'evenienza che la coesistenza delle funzioni possa incidere sull'indipendenza del Consiglio "nell'esercizio di quelle giurisdizionali".*

DISSENTO PER I SEGUENTI MOTIVI: La previsione legislativa della automatica abrogazione,



in data 13/8/2012, di quelle disposizioni regolanti gli ordinamenti professionali che siano *"in contrasto con i principi di cui al comma 5, lettere da a) a g)*
" dell'art. 3, d.l. n. 138 del 2011, è, appunto, previsione legislativa "AUTOMATICA": perciò l'abrogazione non interverrà necessariamente attraverso regolamenti di delegificazione. Interverrà, invece (se tali regolamenti non interverranno sui singoli punti da a) a g) prima del 13/8/2012) automaticamente. Altra questione è se i detti regolamenti governativi che fossero tempestivamente intervenuti saranno da giudicare legittimi o illegittimi, in base alla loro concreta formulazione o al vizio "genetico" della loro derivazione da legge che ad essi ha attribuito una postestà di intervento contraria a Costituzione. Pare certo che il testo oggi vigente del d.l. 138/2011 ha abilitato il governo a regolamentare, in modifica degli attuali ordinamenti professionali, anche le funzioni giurisdizionali del Consiglio Nazionale Forense. La disposizione di legge che attribuisce al governo ampio potere regolamentare, a mio parere, non è polisenso e perciò non è consentito ritenere -contrariamente a quanto afferma il Prof. Capotosti- che poichè
"la previsione legislativa in esame pone l'interprete nella condizione di optare per l'ipotesi di una legge incostituzionale, per il motivo di abilitare un intervento regolamentare vietato, ovvero per l'ipotesi di una legge costituzionalmente conforme, in quanto preclusiva di un tale intervento, sembra necessario optare per la seconda soluzione".
UNA TALE OPZIONE INTERPRETATIVA NON E' CONSENTITA DALLA CHIARA LETTERA DELLA NORMA e non credo si possa condividere l'interpretazione di Capotosti per cui "
risulta peraltro possibile un'interpretazione conforme a Costituzione della relativa disposizione di legge, nel senso di ritenerla riferita alle sole funzioni disciplinari aventi natura amministrativa ".
Si potrà, semmai, concludere nel senso dell'illegittimità costituzionale della legge abilitante il governo a emanare i regolamenti in questione.

Dunque, ESSENDO VIGENTE LA NOVELLA FINO A SUA EVENTUALE DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITA', anche con riguardo al principio di "separazione personale" della disciplina dall'attività amministrativa dell'organo di vertice d'ogni professione -principio sancito dalla lettera f) dell'art. 3 del d.l. 138/2011- i regolamenti governativi che sopravvenissero entro il 13/8/2012 saranno almeno temporaneamente efficaci ed abrogheranno PER TUTTE LE PROFESSIONI quel che, ove invece non sopravvenissero, dovrebbe riconoscersi automaticamente abrogato in data 13/8/2012 in forza della legge (d.l. 138/2011). Non mi pare, peraltro, si possa sostenere che "*i limiti della delegificazione si impongono necessariamente anche quali limiti dello stesso processo di riforma"* e che sia perciò da escludere -nell'eventuale mancata emanazione entro il 12/8/2012 dei previsti regolamenti governativi- l'effetto automatico d'abrogazione delle disposizioni in contrasto con la lettera f).

In tema di individuazione e regolamentazione del decisore disciplinare, l'abrogazione di norme per effetto dei regolamenti che sopravvenissero entro il 13/8/2012 sarà limitatta solo alle professioni per le quali i regolamenti stessi sono abilitati ad operare -in base alle regole generali- e cioè nei soli casi nei quali non v'è riserva assoluta di legge (e cioè per le sole professioni per le quali non è prevista, per l'organismo di vertice, la qualifica legislativa di giudice speciale della disciplina <qualifica che invece è notoriamente prevista per il CNF dalla legge professionale del 1933>). Altrimenti detto (e come pure riconosce Capotosti, derivandone però conseguenze che non condivido): la formulazione letterale della lettera f) dell'art. 3, comma 5, del d.l. 138/2011, riferendosi indiscriminatamente ad una serie di casi, relativi tanto ai consigli locali, quanto a quelli nazionali, di diverse categorie professionali, si presta per propria natura ad una interpretazione per così dire “selettiva”, che qualifichi cioè la norma come operativa nei soli confronti di quegli organi consiliari per i quali l’intervento della fonte regolamentare non possa sollevare gli evidenti profili di contrasto frontale con disposizioni costituzionali.

Nel caso della professione forense, in particolare, pur in mancanza di tempestivo (anteriore al 13/8/2012) regolamento governativo, avremo finalmente e automaticamente una disciplina radicalmente nuova e rispettosa della citata lettera f). Il CNF non sarà più, da un giorno all'altro, il giudice speciale della disciplina degli avvocati; semplicemante perderà la giurisdizione in materia disciplinare con naturale espansione della giurisdizione generale di legittimità del TAR. FINALMENTE, in sostanziale applicazione del principio di **terzietà del giudice**, il 13/8/2012 sarà scomparso di sicuro il CNF quale giudice speciale della disciplina degli avvocati (residuo pesante del corporativismo fascista). A partire da quella data la residuale giurisdizione del CNF sarà solo quella sulla tenuta degli albi (estremo baluardo del regime corporativo). Essa però avrà, di certo, vita breve. Si dovrà , infatti, superare quella risalente giurisprudenza, citata dal Prof. Capotosti, per cui "
l’attuale assetto del Consiglio Nazionale Forense risulta compatibile con il principio

costituzionale della necessaria indipendenza del giudice, sul presupposto che la peculiare posizione del Consiglio valga da sola ad escludere condizionamenti da parte di organi amministrativi in posizione sovraordinata (sul punto, diffusamente, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 284 del 1986; Cass. Civ: Sez. Un. 23 marzo 2005, n. 6213)".
Spero che, a superare detta residuale giurisdizione sulla tenuta degli albi, basterà la doverosa interpretazione adeguatrice e non si senta neppure il bisogno di scomodare la Corte costituzionale invocando: 1) l'incostituzionalità -per violazione del principio, ormai formalizzato in Costituzione, di terzietà d'ogni giudice- della attribuzione al CNF (soggetto unitario al di là di artificiose separazioni di ruoli) di funzioni giurisdizionali e amministrative (oltre che sostanzialmete legislative attraverso l'elaborazione del codice deontologico); 2) la giurisprudenza CEDU (quale parametro interposto di costituzionalità ex art. 117, co 1, cost.) sulla necessaria terzietà del giudice.

Non mi pare si possa più sostenere (se si vuole esser in linea con le decisioni della Corte di giustizia che definiscono i caratteri necessari del giudice e si vuole evitare l'incostituzionalità derivante dal parametro interposto di costituzionalità dato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di indipendenza e terzietà del giudice) che *"non si ravvisano esigenze costituzionalmente cogenti relative alla separazione, negli organi consiliari, delle funzioni amministrative da quelle giurisdizionali posto che la loro peculiare posizione apicale scongiura l'evenienza che la coesistenza delle funzioni possa incidere sull'indipendenza del Consiglio "nell'esercizio di quelle giurisdizionali".*
Le interpretazioni adeguatrici suggerite dal Prof. Capotosti mi paiono, in realtà, contrarie a Costituzione.

Leggi di seguito l'intero parere del professor Piero Alberto Capotosti, sull'art.3, comma 5, lettera f) del decreto legge 13 agosto 2011, n.138 (lo trovi anche all'indirizzo httpp://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/naviga-per-temi/in-evidenza/articolo7433.html ...). Le sottolineature e il neretto sono miei.

"Prof. Avv. Piero Alberto Capotosti
Emerito di Diritto pubblico nella Università "La Sapienza" di Roma
00191 Roma - Via Cesare Ferrero di Cambiano, 82 - tel. 0039 06 36306399 fax 0039 06 36388463

pacapotosti@studiocapotosti.it

Al Presidente del Consiglio Nazionale Forense
Via del Governo Vecchio, 3 – 00186 - Roma
Oggetto: Parere in tema di applicabilità al Consiglio Nazionale Forense dell'art. 3, comma 5, lett. del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138.

1.—Il Consiglio Nazionale Forense mi chiede di esprimere un parere "in merito alla portata effettiva dell'art. 3, comma 5, lett. f) del decreto legge n. 138/2011", disposizione che, nella sua formulazione testuale, si indirizza a tutti gli ordinamenti professionali, e quindi, fra gli altri, anche all'ordinamento della professione forense. Il Consiglio Nazionale Forense, in particolare, chiede di sapere se la specifica previsione – che la disciplina in esame pone espressamente quale ***criterio per l'emanazione del regolamento di delegificazione***
– della istituzione di un organo nazionale di disciplina, per ciascun ordinamento professionale, che sia titolare di competenze distinte da quelle amministrative attualmente esercitate dai Consigli, riguardi anche la propria posizione di titolare, di competenze in materia disciplinare esercitate in veste giurisdizionale. Da qui lo specifico quesito "in ordine alla possibilità di ritenere applicabile la isposizione ad un giudice speciale quale il Consiglio Nazionale Forense".

2. — L'art. 3 del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 è espressione di una marcata tendenza legislativa alla liberalizzazione delle forme di accesso e di esercizio delle attività economiche, nel cui ambito considera, al comma 5, anche le attività professionali.
Il testo originario *della disposizione, peraltro, riservava agli ordinamenti professionali un trattamento normativo sensibilmente diverso da quello previsto per le restanti attività economiche perché, a differenze di quelle,* ***non collegava alcun autonomo effetto caducatorio della disciplina vigente alla scadenza del termine di 12 mesi previsto per la realizzazione della riforma***
.
Una successiva serie di innovazioni testuali ha però modificato questa iniziale impostazione legislativa, determinando anche per gli ordinamenti professionali le difficoltà interpretative connesse all'adozione di quelle scorciatoie legislative significativamente denominate dalla dottrina come meccanismi "ghigliottina" ovvero "taglialeggi".
Nell'ordine va in primo luogo considerato l'art. 10, comma 1, della legge di stabilità per il 2012 (n. 183 del 12 novembre 2011), che, realizzando una prima novella all'art. 3, comma 5, del d.l. in esame, sostituisce alla generica previsione della riforma degli ordinamenti professionali uno specifico conferimento a favore del Governo della potestà di adottare appositi regolamenti di delegificazione, aventi il compito di riformare la materia in recezione dei criteri indicati dalla stessa isposizione dalla lettera a) alla lettera g), fra cui quello di cui alla lettera f), relativo alla separazione organica delle funzioni amministrative e disciplinari dei Consigli. Applicando l'istituto della delegificazione, la legge di stabilità introduce una disciplina coerente con la previsione generale di cui all'art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 188. Difatti aggiunge un comma 5-bis all'art. 3 del d.l. in esame, con il quale prescrive – secondo una ***tecnica normativa ineccepibile***

– l'abrogazione delle norme sugli ordinamenti al momento dell'entrata in vigore dei regolamenti governativi di riforma. Da tutto ciò doveva conseguire una ordinaria successione di leggi nel tempo, poiché le previgenti discipline degli ordinamenti professionali da considerarsi come abrogate, in quanto incompatibili, dovevano essere dedotte dal contenuto normativo dei regolamenti di riforma. Sennonché la ricostruzione del testo della previsione deve registrare una ulteriore

modifica, introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. a) del d. l. n. 201 del 6 dicembre 2011, che ha, invece, finito con lo stabilire, anche per la riforma degli ordinamenti professionali, un meccanismo di abrogazione espressa per così dire "meccanico" o "automatico", e cioè del tutto indipendente dall'introduzione di una contestuale disciplina normativa effettivamente sostitutiva di quella abrogata.

L'effetto è stato raggiunto aggiungendosi al testo del predetto comma 5-bis dell'art. 3, d.l. n. 138 del 2011, una ulteriore puntualizzazione, tale da stabilire l'abrogazione delle discipline sugli ordinamenti professionali non soltanto a far data dall'entrata in vigore dei regolamenti governativi di riforma, ma anche "in ogni caso, dalla data del 13 agosto 2012" (coincidente con la decorrenza di 12 mesi dall'entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2011).

Per effetto di tale innovazione, il testo del comma 5-bis in esame risultava dunque prescrivere che "Le norme vigenti sugli ordinamenti professionali sono abrogate con effetto dall'entrata in vigore dell'ordinamento governativo di cui al comma 5 e, in ogni caso, dalla data del 13 agosto 2012" secondo una puntualizzazione evidentemente riferita al caso della mancata emanazione dei regolamenti di riforma da parte del Governo. Si tratta di una ***soluzione legislativa estremamente drastica e foriera di gravissime incertezze interpretative, per la necessità di considerare come non più efficaci, al termine indicato, tutte le norme sugli ordinamenti professionali*** *, e cioè una serie vastissima di discipline, di difficile identificazione puntuale, e questo in assenza di qualsivoglia normativa dettata in loro sostituzione.*

La circostanza ha indotto il legislatore, in sede di conversione del d.l. n. 201 del 2001 ad apportare un'ultima modifica, da cui è derivata l'innovativa e rilevante precisazione, che le norme sugli ordinamenti professionali, da considerarsi "in ogni caso" abrogate alla data del 13 agosto 2012, sono soltanto quelle "in contrasto con i principi di cui al comma 5, lettere da a) a g)" dell'art. 3, d.l. n. 138 del 2011.

Per effetto di questa complessa serie di innovazioni testuali, risulta dunque che l'art. 3, comma 5, lett. f) e comma 5 bis del d. l. n. 138 del 2011 prescrive attualmente quanto segue:
"art. 3. 5. Fermo restando l'esame di Stato di cui all'articolo 33, quinto comma, della Costituzione per l'accesso alle professioni regolamentate secondo i principi della riduzione e dell'accorpamento, su base volontaria, fra professioni che svolgono attività similari, gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti. Con decreto del Presidente della Repubblica emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ***gli ordinamenti professionali dovranno essere riformati entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto per recepire i seguenti principi*** *:*
(… omissis …)

f) gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un ***organo nazionale di disciplina****.* ***La carica di*** *consigliere dell'Ordine territoriale o di*
consigliere nazionale è incompatibile con quella di membro dei consigli di disciplina nazionali
e territoriali. Le disposizioni della presente lettera non si applicano alle professioni sanitarie per le quali resta confermata la normativa vigente;
(… omissis …)
Art. 3. 5-bis. Le norme vigenti sugli ordinamenti professionali in contrasto con i princìpi di cui al comma 5, lettere da a) a g), sono abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento governativo di cui al comma 5 e, in ogni caso, dalla data del 13 agosto 2012".

3. — ***La disciplina finisce quindi per affidare la riforma degli ordinamenti professionali ad un duplice procedimento, adottato in via alternativa.***
Secondo un primo procedimento, per così dire "principale", essa autorizza il Governo ad emanare una serie di regolamenti sostitutivi delle leggi vigenti in materia, vincolati a recepire i principi e le norme generali della materia indicate dallo stesso legislatore.
In conformità al secondo procedimento, adottato per così dire in via "subordinata", la medesima disciplina prevede che, in caso di mancata emanazione di tali regolamenti, siano abrogate "in ogni caso", alla scadenza del termine relativo, le norme sugli ordinamenti professionali in contrasto con gli stessi principi e le stesse norme generali.
In tale modo la legge finisce per condizionare il procedimento di riforma degli ordinamenti professionali ad un duplice ordine di limiti, strettamente connessi fra loro. Per un verso, adottando la tecnica della delegificazione, il legislatore subordina il processo di riforma alla capacità normativa propria dei regolamenti governativi, compresi quelli di delegificazione; per l'altro verso, ***introduce una clausola abrogativa che individua le norme abrogate con riferimento alla loro incompatibilità con una disciplina legislativa anteriore, pur se avente carattere essenzialmente di principio, attribuendo rilievo decisivo, ai fini dell'individuazione delle discipline abrogate, alla ricognizione dell'esatta portata normativa dei principi, al "contrasto" con i quali essa collega l'effetto della caducazione delle norme sugli ordinamenti professionali.***

4.—Se questo è il quadro normativo vigente si impone dunque una sintetica ricognizione dei limiti propri e caratterizzanti dell'istituto della delegificazione nell'ordinamento costituzionale ed in primo luogo dei limiti posti dall'art. 17, comma 2, della legge 400 del 1988, in quanto pur se si tratta di una norma di legge ordinaria, non idonea, in quanto tale, a condizionare le successive leggi successive, i limiti che essa individua a questo riguardo costituiscono la pura ricognizione di condizioni poste dalla Costituzione all'utilizzo della fonte regolamentare.
Si tratta essenzialmente di un doppio ordine di limitazioni.
In primo luogo, la delegificazione viene esclusa nelle materie riservate in via assoluta alla legge, e ciò per la ragione che regolamenti sostitutivi della legge non possono darsi in quegli ambiti dove l'intervento della fonte secondaria è precluso in radice da una disposizione costituzionale; in secondo luogo, la delegificazione viene esclusa se non accompagnata dalla previa posizione da parte del legislatore delle "norme generali"

regolatrici della materia, e questo perché, in forza del principio costituzionale di legalità, non possono darsi regolamenti che intervengono come "liberi", e cioè abilitati a disciplinare interi ambiti normativi in difetto di una previa regolazione generale da parte del legislatore (Corte costituzionale, ordinanza 359 del 2005).
Secondo la giurisprudenza costituzionale, detti limiti sono suscettibili di operare in una duplice forma, ancora una volta discendente dai caratteri propri dell'istituto.
Nel caso che il loro superamento risulti infatti direttamente imputabile alla legge di delegificazione – per aver essa abilitato il regolamento alla disciplina di ambiti ad esso costituzionalmente preclusi, o per averlo autorizzato ad operare in difetto di una previa determinazione di norme generali della materia – il vizio, riguardando appunto l'atto legislativo, deve farsi nelle forme del giudizio di costituzionalità (sentenza n. 427 del 2000). L'invalidità della legge di autorizzazione, nel caso, non può non riflettersi immediatamente sulla fonte regolamentare autorizzata, che ne risulta allora viziata in via indiretta.
Nel caso che invece il loro superamento sia imputabile al solo regolamento autorizzato – per aver questo travalicato l'ambito di competenza attribuitogli o per aver contraddetto le norme generali poste dalla legge – il vizio, riguardando appunto il solo atto regolamentare, deve farsi valere nelle forme conseguenti dell'annullamento o della disapplicazione da parte del giudice comune (ordinanza n. 401 del 2006).
In quanto imposte direttamente dalla Costituzione, queste limitazioni risultano intrinseche all'istituto, e condizionano dunque necessariamente l'ambito della procedura di delegificazione in oggetto, a pena di incostituzionalità. In primo luogo, escludendo dal suo raggio di azione le materie riservate in via assoluta alla legge, che sono inibite alla fonte secondaria; in secondo luogo, escludendo che tale fonte possa spingersi al di fuori degli specifici settori della materia, puntualmente individuati dai criteri di cui alle lettere da a dell'art. 3, comma 5, in esame: al di fuori di quelli, infatti, il regolamento sarebbe abilitato a sostituire discipline legislative in difetto di norme legislative di riferimento, operando quindi, in modo inammissibile, alla stregua di una fonte primaria.

5. — Si tratta ora di affrontare, sulla base di queste premesse, gli interrogativi posti dalla lettera dell'art. 3, comma 5, oggetto del ***quesito****, la quale , come si è visto,* ***si riferisce alla compresenza, in capo ai Consigli locali e nazionali, di funzioni sia amministrative che disciplinari*** *. Tale compresenza, in realtà, nell'attuale assetto normativo si presenta come un elemento tradizionale, fondato, come ha osservato la Corte costituzionale, sulla* ***consolidata percezione che la materia disciplinare sia "da sempre collegata" alla materia relativa all'appartenenza all'ordine "anche per l'incidenza dei provvedimenti disciplinari che importino la sospensione o la cancellazione dell'albo medesimo" (sentenza n. 284 del 1986).***
La previsione in parola, invece, muovendo con evidenza dal presupposto di rimuovere in tal modo un ostacolo virtuale ad un adeguato accesso alle professioni, stabilisce al contrario l'istituzione di organi locali e nazionali, "diversi da quelli aventi funzioni amministrative", ai quali affidare l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari", e prevede che la ***distinzione non sia solo organica ma anche personale, introducendo una ragione di incompatibilità***

fra la carica di consigliere dell'ordine e quella di membro dei costituendi consigli di disciplina.
Come è facile osservare, specie con riferimento a questo ultimo profilo, la lettera in esame, in luogo di recare un mero "principio" che i regolamenti governativi dovrebbero recepire, potrebbe invece essere interpretata come una regola dai contorni molto ben definiti, ed avente quindi un carattere quasi "auto applicativo", circostanza, questa, di rilievo immediato con riferimento proprio alla clausola di cui al successivo comma 5-bis, ed alla abrogazione ivi prevista di tutte le norme vigenti "in contrasto con i principi di cui al comma 5".
Occorre però a questo punto valutare il fatto che la previsione in esame si rivolge in effetti, in modo del tutto indifferenziato, ad ogni consiglio locale e nazionale di ciascuna professione considerata, escludendo espressamente dal proprio raggio d'azione le sole professioni sanitarie.
La conseguenza di questa portata amplissima e, per così dire, del tutto indifferenziata consiste nel fatto che la previsione normativa finisce in questo modo per rivolgersi a situazioni giuridiche molto diverse fra loro, applicando nondimeno a ciascuna di esse una stessa procedura di delegificazione ai fini della realizzazione della riforma.
Gli effetti di questo trattamento procedurale indifferenziato sono di grande rilievo a volersi considerare la natura della competenza "disciplinare" posseduta dai consigli di quei diversi ordini professionali, per i quali le funzioni in materia disciplinare sono previste dal legislatore alla stregua di una vera e propria competenza giurisdizionale. Si tratta, come è risaputo, di funzioni giudiziarie compatibili con la Costituzione repubblica in ragione della loro istituzione in epoca anteriore alla sua entrata in vigore. Il CNF, quindi, alla luce di tale prospettazione, ben può rientrare nell'ambito di quelle "giurisdizioni speciali" anteriori alla Costituzione, la cui esistenza è riconosciuta dalla VI disposizione transitoria della Costituzione stessa.
All'atto della proposizione del presente quesito, il Consiglio Nazionale Forense, interrogandosi appunto sulla possibilità di ritenere applicabile la lettera "ad un giudice speciale quale il Consiglio Nazionale Forense", si mostra ben consapevole del rilievo della circostanza in esame, derivante dall'effetto dirimente che essa comporta rispetto al procedimento di delegificazione previsto dal legislatore per la riforma degli ordini.
E difatti, mentre la delegificazione consiste, per propria natura, nel trasferimento della competenza normativa dalla fonte primaria a quella secondaria, ***la Costituzione prevede che la materia della giurisdizione, e, quindi, con essa, la regolazione del Consiglio e delle sue funzioni disciplinari, non possa venir disciplinata se non ad opera della legge ordinaria. Dispone infatti testualmente l'art. 108 della Carta: "Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge",***
e la previsione non può non condizionare radicalmente la portata della disciplina oggetto del quesito, che prevede un intervento riformatore del regolamento governativo in una materia che la Costituzione riserva alla legge ordinaria.

6. — A questo riguardo, va più analiticamente osservato quanto segue.
La riserva di legge prevista dall'art. 108 della Costituzione, secondo la giurisprudenza costituzionale concerne "non solo l'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche il momento dell'investitura in tali funzioni", la fonte primaria dovendo quindi "stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti" (Corte costituzionale, sentenza n. 72 del 1991). Ora, nel caso di specie, la fonte secondaria sarebbe invece senz'altro abilitata a provvedere alla soppressione di un organo giurisdizionale,

ancorché speciale, come il CNF attualmente si configura

,

ed al trasferimento delle relative competenze ad un organo diverso, del quale dovrebbe stabilire ogni profilo relativo alla composizione, all'investitura delle funzioni e alle forme di esercizio delle competenze.

Tutto ciò, nella radicale assenza di qualsivoglia disciplina di riferimento da parte del legislatore, se si esclude la mera previsione dell'incompatibilità con l'esercizio di funzioni amministrative. Si tratta quindi, con ogni evidenza, di un compito che in nessun modo può ritenersi legittimamente affidato al regolamento governativo, e questo sia per il conferimento di potere in una materia sottratta alla disponibilità della fonte secondaria, sia per la radicale assenza di benché minimi criteri generali di regolazione da parte del legislatore.

Il vero è che l'attuale regolazione dei compiti del CNF presenta una tale complessità nella compresenza, armonizzatasi nel corso di un'attività quasi secolare, di compiti sia amministrativi che giurisdizionali – dei quali quelli in materia disciplinare costituiscono solo una parte – che non sembra sensatamente ipotizzabile che la fonte secondaria possa sciogliere l'intreccio nel senso ellitticamente voluto dal legislatore, senza al contempo sconfinare ineluttabilmente ed inammissibilmente nel campo ad essa precluso della funzione giurisdizionale.

E difatti il Consiglio Nazionale da un lato, in quanto organo amministrativo, esercita essenzialmente i compiti relativi alla tenuta dell'albo speciale, mentre in quanto giudice speciale decide, come dice la legge, su tutti i ricorsi ad esso presentati, i quali non riguardano affatto la sola materia disciplinare, ma si estendono a tutte le impugnazioni dei provvedimenti adottati dai Consigli locali. Tali ricorsi riguardano anche i provvedimenti sulla tenuta dell'albo speciale, e a questi fini già la regolazione vigente prevede una separazione organica e personale fra un apposito comitato del Consiglio, che è competente in sede amministrativa, ed il del Consiglio stesso investito del ricorso in sede giurisdizionale. Come si vede, si è quindi in presenza di una disciplina di notevole complessità, stratificatasi nel tempo, risalente ad epoca precostituzionale ma successivamente adeguata ai principi della Carta repubblicana, nella quale la regolazione dei compiti amministrativi risulta compiuta insieme con la regolazione di quelli giurisdizionali, con la conseguenza, appunto, di non prestarsi tale disciplina ad un intervento riformatore da parte di una fonte, quale quella regolamentare, che incontra sin dall'inizio i limiti stringenti di competenza che la Costituzione impone al regolamento del Governo.

E neppure può dirsi, d'altro lato, che una tale compresenza di funzioni disciplinate in capo al Consiglio si presenti, in quanto tale, contraria a Costituzione, posto il pacifico orientamento della giurisprudenza tanto costituzionale quanto ordinaria nel senso che l'attuale assetto del Consiglio Nazionale Forense risulta compatibile con il principio costituzionale della necessaria indipendenza del giudice, sul presupposto che la peculiare posizione del Consiglio valga da sola ad escludere condizionamenti da parte di organi amministrativi in posizione sovraordinata (sul punto, diffusamente, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 284 del 1986; Cass. Civ: Sez. Un. 23 marzo 2005, n. 6213). Ed anche a voler riguardare la cosa dal punto di vista, adottato dal legislatore, del diritto della concorrenza, un'analoga conclusione si impone, dovendo escludersi l'incidenza anticoncorrenziale dell'esercizio delle pubbliche funzioni giurisdizionali dell'ordine, "che nei procedimenti disciplinari, valuta casi concreti e non pone atti aventi effetti generali sui mercati, valutabili alla stregua d'intese restrittive della concorrenza" (Consiglio di Stato, sezione I, parere 27 dicembre 2010, n.5679/10).

*7. — **Poiché si deve dunque dire escluso che il regolamento possa intervenire sulle funzioni del Consiglio Nazionale aventi natura giurisdizionale, di fronte alla previsione della lettera in parola, e con riferimento alla specifica posizione del CNF, l'interprete si trova di fronte ad una alternativa non eludibile. O considera che la previsione di legge abbia abilitato a regolamentare, in deroga alla legge, anche le funzioni giurisdizionali del Consiglio, ed allora deve concludere nel senso dell'illegittimità costituzionale della legge abilitante; ovvero considera che detta previsione non abbia conferito una tale abilitazione, ed allora deve concludere che il regolamento sia privo, al riguardo, di ogni potestà di intervento.***

Se peraltro la previsione legislativa in esame pone l'interprete nella condizione di optare per l'ipotesi di una legge incostituzionale, per il motivo di abilitare un intervento regolamentare vietato, ovvero per l'ipotesi di una legge costituzionalmente conforme, in quanto preclusiva di un tale intervento, sembra necessario optare per la seconda soluzione. *Né si oppone ad una tale opzione interpretativa la formulazione letterale della lettera f), in quanto la disposizione, riferendosi indiscriminatamente ad una serie di casi, relativi tanto ai consigli locali, quanto a quelli nazionali, di diverse categorie professionali, si presta per propria natura ad una interpretazione per così dire "selettiva", che qualifichi cioè la norma come operativa nei soli confronti di quegli organi consiliari per i quali l'intervento della fonte regolamentare non possa sollevare gli evidenti profili di contrasto frontale con disposizioni costituzionali.*

*Ne deriva quindi – secondo l'interpretazione più corretta in quanto conforme al quadro costituzionale di riferimento – che la norma deve dirsi **non applicabile** quanto meno per tutte quelle ipotesi in cui i Consigli svolgono le loro funzioni disciplinari in veste di giudice speciale, trattandosi di circostanza di per se ostativa all'intervento del regolamento governativo cui la legge affida il compito riformatore, salva, naturalmente, la deroga espressa prevista per quanto attiene alle professioni sanitarie.*

La lettera f), in conclusione, quando si riferisce, al fine di tenerle distinte dalle funzioni amministrative, alle funzioni dei Consigli di "istruzione e decisione di questioni disciplinari", può riferirsi in effetti ai soli procedimenti disciplinari aventi anch'essi carattere amministrativo, secondo l'insegnamento tradizionale che include detti procedimenti nell'ambito di quelli di tipo sanzionatorio (cfr. M. S. Giannini, Diritto amministrativo, II, Milano 1988, 1251).

Per quanto invece attiene alle competenze disciplinari esercitate nella forma di un vero e proprio procedimento giurisdizionale, si deve ritenere che esse restano fuori dall'applicazione della disposizione, che attribuisce infatti potestà normativa ad una fonte, quella secondaria, il cui intervento, nella materia della giurisdizione, è escluso dalla Costituzione.

La conclusione, quindi, è imposta dalla riserva di legge di cui all'art. 108 della Costituzione, indipendentemente dalla cennata circostanza, secondo cui, per consolidato orientamento della Corte costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione, non si ravvisano esigenze costituzionalmente cogenti relative alla separazione, negli organi consiliari, delle funzioni amministrative da quelle giurisdizionali posto che la loro peculiare posizione apicale scongiura l'evenienza che la coesistenza delle funzioni possa incidere sull'indipendenza del Consiglio "nell'esercizio di quelle giurisdizionali".

8. —La conclusione raggiunta consente infine di affrontare il secondo profilo implicato nel quesito posto dal CNF e relativo alla portata applicativa della clausola abrogativa espressa di cui al comma 5-bis dell'art. 3, del d.l. n. 138 del 2011. Si è già osservato, al riguardo, che

l'ultima novella subita dalla disposizione, ad opera della legge di conversione del d.l. n. 201 del 2011, ha delimitato in modo sensibile la portata della clausola abrogativa medesima. La clausola, per effetto dell'ultima innovazione testuale che ha subito, se da un lato vede il suo ambito operativo delimitato, dall'altro lato vede rafforzata la sua efficacia operativa concreta, imponendo essa all'interprete di considerare espressamente abrogate, in difetto dell'emanazione dei regolamenti di riforma, non già tutte, ma solo alcune delle norme sugli ordinamenti professionali, e cioè quelle per le quali si ravvisi un contrasto diretto ed immediato con principi già espressamente posti dal legislatore. Con riferimento al principio della separazione fra funzioni amministrative e funzioni disciplinari ed alla relativa incompatibilità di carica, ciò potrebbe porre l'interprete di fronte all'interrogativo, alla scadenza del termine, della perdurante vigenza delle disposizioni sul Consiglio Nazionale Forense che imputano ad esso ambedue i compiti ora detti, consentendo altresì agli stessi consiglieri di svolgere tanto gli uni che gli altri.

Vale però, anche e soprattutto a questo riguardo, la soluzione interpretativa conforme a Costituzione che si è sin qui delineata, secondo cui non può aversi delegificazione in materia di giurisdizione, il che determina la conseguenza che il principio direttivo della delegificazione di cui alla lettera f), relativo alla separazione fra funzioni amministrative e disciplinari, deve intendersi come strettamente limitato alle funzioni disciplinari esercitate in forma amministrativa. Ne deriva anche una corrispondente delimitazione della clausola abrogativa. E difatti, se questa vuole abrogate le sole norme sugli ordinamenti "in contrasto", fra gli altri, con il principio della lettera f), allora non possono dirsi soggette ad abrogazione le funzioni giurisdizionali del Consiglio, che non sono suscettibili di essere interpretate come comprese in quel principio, in quanto indirizzato ad una fonte secondaria, che, per i motivi sopra detti, non può disciplinare la materia della giurisdizione.

Né, per altro verso, potrebbe sostenersi che la separazione organica e personale delle funzioni possa venire raggiunta, considerandosi abrogate le previsioni sulle funzioni amministrative del Consiglio Nazionale Forense. E difatti, posto che tale funzioni riguardano essenzialmente, anche se non esclusivamente, i compiti connessi alla tenuta dell'albo, l'abrogazione espressa delle relative discipline si presenterebbe anch'essa come immediatamente contraria alla Costituzione, la quale, all'art. 106, comma terzo, prevede come imprescindibile la tenuta dell'albo speciale per le giurisdizioni superiori. Anche sotto questo diverso profilo, dunque, si conferma l'inapplicabilità della clausola abrogativa espressa alle funzioni proprie del CNF.

9. — Volendosi ora sintetizzare le conclusioni cui conduce il presente parere, occorre dire che il quesito del Consiglio Nazionale Forense è posto su di una norma caratterizzata per il fatto di prevedere un processo riformatore che si avvale della delegificazione delle discipline relative. La circostanza comporta che ***i limiti della delegificazione si impongono necessariamente anche quali limiti dello stesso processo di riforma*** *, e poiché questo si riferisce testualmente anche alle funzioni disciplinari degli organi rappresentativi delle diverse professioni, diventa dirimente la veste specifica con la quale i diversi Consigli esercitano tali funzioni.*

Qualora infatti, come avviene paradigamticamente per il caso del Consiglio Nazionale Forense, tali funzioni vengono esercitate in veste di giudice speciale, opera il limite della riserva di legge di cui all'art. 108 della Costituzione, che preclude al legislatore di trasferire la competenza

normativa in materia alla fonte regolamentare del Governo.
La prospettata separazione fra funzioni amministrative e funzioni disciplinari, che il regolamento sarebbe incaricato di realizzare, integrerebbe quindi un conferimento di potere incostituzionale, ma ***risulta peraltro possibile un'interpretazione conforme a Costituzione della relativa disposizione di legge, nel senso di ritenerla riferita alle sole funzioni disciplinari aventi natura amministrativa.*** *La conclusione risulta rafforzata anche dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, che ritiene garantita l'indipendenza del Consiglio quale giudice speciale nonostante la concorrente competenza amministrativa.*
La conclusione che la separazione, auspicata dal legislatore, delle funzioni amministrative da quelle disciplinari del Consiglio Nazionale non può essere attuata dalla fonte regolamentare, escludendo le relative funzioni consiliari dal raggio d'azione della norma di legge, impedisce infine di ravvisare un contrasto fra la stessa norma e l'attuale disciplina del Consiglio Nazionale Forense.
Nei termini ora riferiti rendo, quindi, il parere che mi è stato richiesto, relativo all'applicabilità alla posizione del Consiglio Nazionale Forense dell'art. 3, comma 5, lettera , del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011. Naturalmente il parere non prende in considerazione i limiti di materia ai quali andrebbe incontro un'eventuale legge di riforma dell'ordinamento forense, in quanto allo stato si tratta di un'ipotesi normativa non ancora chiara nei suoi svolgimenti e nei suoi contenuti.
Roma, 10 maggio 2012
Prof. Avv. Piero Alberto Capotosti"