



La riforma delle professioni attraverso l'azione combinata del D.P.R. approvato dal Governo il 3/8/2012 e dell'effetto abrogativo automatico di cui al comma 5-bis dell'art. 3 del d.l. 138/2011 (effetto abrogativo automatico confermato anche dalla Relazione illustrativa del Governo sul D.P.R., vedasi la sua ultima pagina) non sarebbe una cosa seria se omettesse di sciogliere il **nodo centrale delle incompatibilità con questa o quella professione**

. Una volta scelta la via (apprezzata pure dal Consiglio di Stato, nel suo parere n. 3169 del 10/7/2012, vedasi il primo considerato, pag. 6) dell'adozione di un D.P.R. unico per la riforma di tutte le professioni secondo i principi di cui all'art. 3, comma 5, lettere da a) a g), del d.l. 138/2011, non si può annacquare la riforma, mutilandola della regolazione delle incompatibilità. Non si può sostenere (ripudiando -in adesione al parere espresso dalla Camera- la precedente posizione espressa all'art. 8 dello schema preliminare di D.P.R. approvato dal Consiglio dei ministri il 15/6/2012) che "

la disciplina delle incompatibilità all'esercizio della professione non rientra nell'oggetto dell'intervento regolamentare in delegificazione autorizzato dal richiamato articolo 3, comma 5, del decreto-legge n. 138 del 2011"

e che

"affidare la disciplina delle incompatibilità ad una formulazione di carattere generico e valida per tutte le professioni regolamentate comporta il rischio di notevoli distorsioni interpretative e conseguenti gravi incertezze applicative, non considerando adeguatamente le specificità legate alle singole professioni regolamentate

".

Quello delle incompatibilità è evidentemente aspetto centrale della disciplina d'ogni professione e, ancor più evidentemente, è il centro logico di una operazione di liberalizzazione. La liberalizzazione deve operare su tutti gli ambiti della necessaria rimozione di inappropriati limiti alla libertà d'accesso ed esercizio e, dunque, IN PRIMO LUOGO, sulle incompatibilità.

Infatti, come si può pretendere di attuare una riforma dell'accesso (pretendendo di connotarlo come libero) e dell'esercizio (pretendendo di qualificarlo orientato all'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnico del professionista) delle professioni se si accetta la tesi (che, secondo una interpretazione di parte, sarebbe stata fatta propria dal Governo nella Relazione illustrativa del D.P.R. di riforma delle professioni) per cui la materia della regolazione delle incompatibilità delle varie professioni sarebbe estranea alla delega data al Governo da parte dell'art. 3, comma 5, del d.l. 138/2011?

Il Governo non ha fornito, nella Relazione illustrativa del D.P.R. di riforma delle professioni, uno straccio di motivazione circa la sua adesione, sul punto, al parere della Camera, "demolitorio" del fulcro dell'operazione di liberalizzazione. Nè, per quanto ci si sforzi, si riesce a trovare una ragione -nel disposto e nella logica ispiratrice della lettera a) del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011- per poter fondare la detta mutilazione della riforma delle professioni. Anzi, la

abrogazione delle norme sulle incompatibilità è presupposta dalla previsione dell'obbligo assicurativo per la responsabilità professionale verso il cliente. Infatti, escludere dall'obbligo assicurativo il professionista iscritto all'albo ma che non abbia diretta responsabilità professionale perchè non direttamente parte di un contratto per prestazione professionale implica ammissione della configurabilità della posizione di professionista dipendente di collega e cioè implica il superamento della ipotesi più frequente (sino ad oggi) di incompatibilità secondo i previgenti ordinamenti professionali. Impossibile, poi, ritenere che restino in vigore tutte le incompatibilità "per presunta carenza di indipendenza" tranne quella derivante dalla dipendenza nei confronti di un collega.

Peraltro, che razza di riforma sarebbe quella delineata, alla fine, dal testo unico delle "disposizioni aventi forza di legge che non risultano abrogate per effetto del comma 5-bis" (testo unico che il Governo dovrà scrivere entro il 31/12/12 ex art. 3, comma 5-ter, del d.l. 138/2012) se il Governo riterrà di dover limitarsi a trascrivere, ribadendole vigenti, tutte le norme di legge che nei vari ordinamenti professionali ingessano l'accesso alle (e l'esercizio delle) professioni"? Quindi bisogna evitare di depotenziare il ruolo del D.P.R. di riforma; anzi esso va riconosciuto il ruolo di "riempire i vuoti" derivanti dall'effetto abrogante previsto dalla norma primaria di cui all'art. 3, comma 5 bis del d.l. 138/2011. Scrive al riguardo il Consiglio di Stato nel parere n. 3169 del 10/7/2012 (prmo considerato, pag. 6): *"In sostanza l'effetto abrogante previsto dalla norma primaria è diretto ad eliminare gli ostacoli normativi che si frappongono alla liberalizzazione delle professioni, e il presente regolamento ha la funzione di riempire i vuoti dando attuazione ai principi contenuto nella norma primaria"*.

Quindi, il D.P.R. approvato dal governo il 3 agosto 2012 non è una cosa seria se lo si intende come incapace di regolare ex novo le incompatibilità (abrogando quelle previste dai singoli ordinamenti professionali come filtro "a monte", operativo cioè sin dalla fase della domanda di iscrizione all'albo). Esso D.P.R. non è una cosa seria se, cioè, non lo si interpreta nel senso che, comunque, anche non prevedendolo espressamente, esso imponga che *l'esercizio dell'attività professionale è incompatibile esclusivamente con le attività che ne pregiudicano* (per accertamento effettuato in concreto dal Consiglio dell'Ordine dopo che la iscrizione sia stata comunque concessa) *l'autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico* (come espressamente prevedeva lo schema preliminare di D.P.R. all'art. 8, poi soppresso). Appare doverosa, sul punto, una interpretazione proconcorrenziale del D.P.R. e in particolare del suo articolo 2 là dove, all'art. 2, dispone che "*... l'accesso alle professioni regolamentate è libero. Sono vietate limitazioni alle iscrizioni agli albi professionali che non sono fondate su espresse previsioni inerenti al possesso... dei titoli previsti dalla legge per la qualifica e l'esercizio professionale, ovvero alla mancanza di*

condanne penali o disciplinari irrevocabili o ad altri motivi imperativi di interesse generale
".



Una interpretazione che riconosca l'abrogazione di tutte le incompatibilità (in quanto l'incompatibilità non è un "titolo per la qualifica e l'esercizio professionale") oggi previste dagli ordinamenti professionali come preclusioni all'iscrizione all'albo appare doverosa non solo per non creare contraddizione col disposto del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/11 che dispone che "*gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, ..., alla*

differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti", ma anche in forza dell'art. 1 del d.l. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. 24/3/2012, n. 27. Tale articolo (compreso nel TITOLO I "Concorrenza", Capo I "Norme generali sulle liberalizzazioni"), intitolato "Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese", prevede al comma 2: "

Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche

sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti

, presenti e futuri,

ed ammette solo i limiti

, i programmi e i controlli

necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica

.

". Il detto comma 2 del d.l. 1/2012 è evidentemente funzionale alla concreta operatività del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/2011 e cioè alla connotazione degli ordinamenti professionali, attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle norme regolatrici, come capaci di "*garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza*"
".

Comunque, se pure non si volesse interpretare in tal senso il D.P.R., soccorrerà -evitandosi, così, l'ennesima figuraccia italiana d'una riformicchia delle professioni che si autocensura (per

"timidezza" nei confronti delle corporazioni?) sul tema centrale dell'accesso- l'automatico effetto abrogativo di norme "in ogni caso" dalla data del 13 agosto 2012, che **(COME PURE IL CONSIGLIO DI STATO HA RICONOSCIUTO A PAG 2 DEL SUO PARERE 3169 DEL 1077/12)**

caratterizza i "p
rincipi autoesecutivi formulati dall'art. 3, comma 5, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138"

Evidenzio i doverosi approdi interpretativi in due punti:

1) Il D.P.R. di riforma delle professioni, anche se non prevede espressamente che *"l'esercizio dell'attività professionale è incompatibile esclusivamente con le attività che ne pregiudicano l'autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico"*

(come era scritto nello schema preliminare di D.P.R. approvato il 15/6/2012 dal Consiglio dei ministri), abroga tutte le norme statali (leggi e regolamenti) che prevedevano il divieto di iscrizione all'albo o collegio per chi ha superato l'esame di stato ma versa in una situazione ritenuta dalla norma statale (con presunzione odiosa di conflitto di interesse non verificata in concreto) come fonte di incompatibilità. L'abrogazione in questione è realizzata automaticamente dal D.P.R., in forza del contrasto col principio di cui all'art. 3, comma 5, lettera a), del d.l. 138/2011 per cui "

l'accesso alla professione è libero

" (si legge nella Relazione al D.P.R.: "

Il regolamento si applica dal giorno successivo alla data di sua entrata in vigore, individuato in quello successivo alla data di sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, e abroga tutte le disposizioni regolamentari e legislative con esso incompatibili, fermo quanto previsto dall'art. 3, comma 5-bis, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni

"). Altrimenti detto, il D.P.R. riconosce che impedendo all'abilitato di iscriversi all'albo, si limitava irragionevolmente, con violazione del principio di proporzionalità, l'esercizio del fondamentale diritto di libertà del lavoro professionale (peraltro riconosciuto dalla Costituzione e dall'art. 15 della C.E.D.U.), il quale veniva sacrificato sull'altare della prevenzione del conflitto di interessi. E' poi chiaro che per il D.P.R. di riforma delle professioni la detta prevenzione dei conflitti di interesse non può considerarsi una "ragione imperativa di interesse generale", soprattutto alla luce della tolleranza che la regolazione dell'accesso alle professioni mostra con riguardo a talune situazioni di evidente conflitto di interessi (con riguardo, ad esempio, alla professione di avvocato, si pensi che ministri, sottosegretari, commissari governativi -in forza della l.

215/2004-, ma anche giudici di pace, mediatori, vice procuratori onorari, erano, e sono ancora, tutti ammessi ad essere iscritti all'albo degli avvocati, mentre assurdamente non erano ammessi a tale albo nè i dipendenti pubblici in part time ridotto, ex l. 339/03, nè i dipendenti privati). Va precisato che non risulterà, invece, abrogata la normativa (l. 662/96, art. 1, commi 56 e segg.), che per l'impiegato pubblico condiziona la possibilità di svolgere una qualunque professione al fatto che il medesimo impiegato (ovviamente abilitato all'esercizio di quella professione, avendo superato l'esame di stato) abbia trasformato il suo rapporto di lavoro pubblico in un rapporto a

part time ridotto (tra il 30% e il 50% dell'ordinario orario di lavoro).

2) Il D.P.R. di riforma delle professioni, affiancato dall'automatico effetto abrogativo di cui al comma 5-bis dell'art. 3 del d.l. 138/2012, esalta il ruolo della deontologia professionale e dei Consigli degli ordini e collegi che la tutelano. Questi sono chiamati ad agire con rigore e responsabilità, attraverso sanzioni disciplinari, anche espulsive, nei casi di accertamento in concreto della carenza di autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnica, del professionista. In particolare, se per un verso (come detto al punto 1) nessuna limitazione all'iscrizione all'albo è possibile in forza di ritenuta incompatibilità (ad es. per *staus* o per sussistenza d'un rapporto di lavoro privato o pubblico in part time, ecc...), per altro verso l'esercizio della professione (post iscrizione all'albo) potrà essere addirittura interrotto definitivamente, attraverso la sanzione deontologica espulsiva della cancellazione dall'albo, comminata, per carenza delle dette autonomia e indipendenza, a seguito di un rituale procedimento disciplinare. Quest'ultimo sarà fondato su fatti valutati in concreto e non si fonderà più (come è stato sino ad ora) su odiose presunzioni legali di incompatibilità.

Si consideri, ancora con riguardo esemplificativo agli avvocati:

Il sistema delle sanzioni all'avvocato per svolgimento d'attività in conflitto di interesse (conflitto di interesse non è ateo che la situazione in cui manchi quella che il D.P.R. di riforma delle professioni chiama "indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica") comprende sia sanzioni disciplinari (addirittura espulsive) previste dal codice deontologico, sia sanzioni penali. Proprio per tale ragione ha fatto bene il d.l. 138/2011 (attraverso l'abrogazione automatica "in ogni caso alla data del 13 agosto 2012", di cui all'art. 3, comma 5 bis, ed attraverso il D.P.R. -previsto come eventuale- di riforma da emanare entro il 13/8/2012) ad abrogare le norme dell'ordinamento professionale forense che, in aggiunta alle sanzioni del codice deontologico e a quelle penali, prevedevano una serie di attività quali causa di divieto di iscrizione ("preventivo" o "a monte", si potrebbe definire) all'albo per incompatibilità astratta. Tale prevenzione ("a monte") dei conflitti di interesse, attraverso incompatibilità tipizzate in maniera certamente "grezza", è stata finalmente riconosciuta come liberticida. Si consideri: in Italia la professione di avvocato può essere esercitata da un ministro della Repubblica, un viceministro, un sottosegretario di Stato (la l. 215/04 -c.d. legge sul conflitto di interessi delle alte cariche dello Stato- assurdamente non prevede incompatibilità per costoro in costanza di mandato ma ritiene che sia sufficiente prevedere per essi il divieto di esercitare la professione "in materie connesse" alla funzione di governo svolta) mentre è prevista l'incompatibilità con la professione forense per il semplice impiegato pubblico a part time ridotto (anche al 30% dell'orario ordinario) che da quel ministro, sottosegretario o viceministro magari dipenda. L'abrogazione (in forza del D.P.R. di riforma delle professioni, o in forza dell'automatico effetto abrogativo di cui all'art. 3, comma 5 bis, d.l. 138/2011) della l. 339/03 ha posto fine a tale scandalosa discriminazione che penalizzava l'impiegato e non toccava i privilegi dei potenti ministri, sottosegretari ecc... La

legge 339/03 sottraeva, inoltre, (spingendoli a dare le dimissioni) alla pubblica amministrazione quei dipendenti che, essendo abilitati all'esercizio della professione forense, vogliono poter fare l'avvocato e che, potendolo fare, potranno ora arricchire le amministrazioni con professionalità vera e quotidianamente aggiornata dalla pratica delle aule di giustizia. E ancora: aver rimosso la discriminazione del semplice impiegato pubblico rispetto al suo ministro è il modo migliore di valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni pubbliche e toglier di mezzo la scusa per affidamenti di una marea di consulenze e incarichi professionali a professionisti esterni alla pubblica amministrazione (e senza rischi di concreti conflitti di interessi, come ha spiegato la Corte costituzionale nella sentenza 189/2001). Ricordiamo, al riguardo, che il presidente della sezione giurisdizionale della Corte dei Conti, Luciano Pagliaro, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, ha descritto come un male endemico la pratica delle "consulenze facili" chieste dalle pubbliche amministrazioni ed ha segnalato che è in continuo aumento il numero delle citazioni in giudizio di funzionari e dirigenti di enti pubblici per l'esternalizzazione ingiustificata di numerosi incarichi.

Quanto sopra affermato, in fondo, non è che l'esito di giusti rilievi che la Corte costituzionale ha espresso da tempo (Corte costituzionale n. 189/2001).

Per dimostrare la necessità di abrogare tutti i divieti "preventivi", per incompatibilità, di iscrizione agli albi professionali e di abrogare i correlati doveri di cancellazione d'ufficio per incompatibilità dai medesimi albi (che ancora si fondavano su presunzioni legislative odiose di astratti conflitti di interesse) è pure utile ricordare quanto scrivono le Sezioni Unite civili della Cassazione nella sentenza n. 22882 del 2011, depositata il 4 novembre 2011: *"Il ricorrente eccepisce in oltre che non sarebbe incorso in alcun conflitto di interessi, nella trattativa che vedeva interessati, da una parte, la persona (sua cliente) che poi lo ha denunciato (tale sig.ra ...) e, dall'altra parte, una società che faceva capo alla moglie ed alla suocera La tesi difensiva è che la sig.ra ... non aveva ricevuto alcun danno dalla situazione di conflitto potenziale. L'eccezione è nuova e comunque irrilevante perchè, come ha correttamente rilevato il giudice disciplinare, l'illecito si consuma con il verificarsi della situazione che mette a rischio il rapporto fiduciario tra avvocato e cliente. L'art. 37 del codice deontologico forense mira ad evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato e, quindi, perchè si verifichi l'illecito, è sufficiente che potenzialmente l'opera del professionista possa essere condizionata da rapporti di interesse con la controparte. Facendo riferimento alle categorie del diritto penale, l'illecito contestato all'avvocato ... è un illecito di pericolo e non di danno. Quindi l'asserita mancanza di danno è irrilevante perchè il danno effettivo non è elemento costitutivo dell'illecito contestato."*

Tale sentenza va letta in relazione all'ampia portata dell'obbligo di astensione dell'avvocato, imposto dall'art. 37 del codice deontologico (il quale recita: *"Art. 37 – Conflitto di interessi. L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro*

incarico anche non professionale. I. Sussiste conflitto di interessi anche nel caso in cui l'espletamento di un nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altro assistito, ovvero quando la conoscenza degli affari di una parte possa avvantaggiare ingiustamente un altro assistito, ovvero quando lo svolgimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento di un nuovo incarico. II. L'obbligo di astensione opera altresì se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgano ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali").

EBBENE, MI PARE EVIDENTE CHE, SEGUENDO LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE N. 22882/2011, SI DOVRA' RICONOSCERE CHE se le giuste sanzioni disciplinari (graduate dal Consiglio dell'Ordine in base alla gravità della condotta) devono essere irrogate al mero verificarsi del pericolo di conflitto di interessi, non ha senso prevedere, in aggiunta, nella legge professionale forense, tante incompatibilità per conflitti di interessi presunti (spesso irragionevolmente, come molti di quelli di cui all'art. 3 della legge professionale degli avvocati). Altrimenti detto: che senso ha prevedere un divieto di iscrizione negli albi per incompatibilità per conflitti di interessi in situazioni in cui il rischio del conflitto è remoto (men che potenziale) se ogni rischio potenziale deve far scattare il provvedimento (al limite espulsivo) sanzionatorio ex art. 37 del codice deontologico forense? DUNQUE, NON C'E' PIU' SPAZIO PER PRESUNZIONI LEGISLATIVE ROZZE DI INCOMPATIBILITA' MA ANDRANNO RICONOSCIUTI ONORI E ONERI AL CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI, IL QUALE DOVRA' APPLICARE SEVERAMENTE, A FINI SANZIONATORI, L'ART. 37 DEL CODICE DEONTOLOGICO, PER INDURRE NELLA PRATICA LA DOVEROSA DIFFUSIONE DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE DELL'AVVOCATO.

In definitiva, quanto affermato dalle sentenze della Corte costituzionale n. 189/2001 e della Cassazione a sezioni unite n. 22882/2011 dovrebbe far ritenere incostituzionale (per violazione degli articoli 3, 4, 41, 117 comma 1 Cost.) la previsione, all'art. 3 della legge professionale forense del 1933 e s.m.i., di tutta una serie di ipotesi di incompatibilità, per "cervellotici" (e men che potenziali) conflitti di interesse, con l'esercizio della professione forense. Lo stesso dicasi della incompatibilità preventiva prevista nella l. 339/03 in tema di avvocati che siano anche dipendenti pubblici a part time ridotto. PER FORTUNA, A RISOLVERE IL CASO CI HA PENSATO IL D.P. R. DI RIFORMA DELLE PROFESSIONI, E COMUNQUE L'EFFETTO ABROGATIVO AUTOMATICO STABILITO DALL'ART. 3, COMMA 5 BIS, DEL D.L. 138/2011 !!!

