



Con gli avvocati pubblici dipendenti part time ritorna la questione del conflitto d'interesse

DI ALDO BERLINGUER - Ordinario di Diritto comparato presso le Università di Cagliari e Siena

Torna a far parlare di sé la preclusione all'attività forense, operata dal legislatore con la legge 339/2003, per i dipendenti pubblici part time. Intervengono infatti, pressoché contestualmente, la Corte di giustizia dell'Unione europea e le sezioni Unite della Cassazione con riguardo ad aspetti diversi, ivi compresi quelli del mercato unico dei servizi professionali e della circolazione degli avvocati nell'Unione europea.

Molteplici i temi affrontati. Anzitutto, colpisce la pervasività del diritto europeo che, per mezzo delle disposizioni sulla concorrenza e sulla circolazione dei professionisti, si erge ormai a fonte primaria del comparto delle professioni intellettuali, anche se, sul punto, giudici italiani ed europei si dividono. A fronte della "assoluta autonomia" del legislatore italiano della legge 339/2003, sostenuta dalla Cassazione, la Corte Ue ribadisce la presunzione di pertinenza (cfr. i casi Cipolla, C-94/04 e C-202/04, e Arduino, C-35/99): occorre dimostrare che l'interpretazione del

diritto europeo non ha alcun rapporto con l'oggetto della questione controversa, altrimenti la Corte Ue applica, per via interpretativa, le norme comunitarie. Per altro verso, la Corte Ue ha fissato il limite all'applicazione del diritto europeo (in particolare della concorrenza) nelle fattispecie limitate a porzioni del territorio di un singolo Stato. Se invece si tratta di *quaestiones* disciplinate da leggi nazionali, se ne presume interessato, *ipso facto*, il commercio interstatale e ciò innesca la competenza - e la primazia - del legislatore europeo.

Altro argine mobile, che avanza nel campo del diritto interno liberando ampi spazi per quello europeo, è rappresentato dall'interpretazione estensiva dell'articolo 45 Ce (ora articolo 51 Tfu), che la

Corte di giustizia, già negli anni '70 (nel caso Reyners), aveva adottato, sostenendo che solo le professioni che implicano l'esercizio di pubblici poteri non beneficiano del diritto di stabilimento (ora articolo 49 Tfu). E tra queste non figura l'avvocato, indipendentemente da ciò che prevede il diritto interno. Del pari, oggi non vale sostenere che il pubblico impiego part time non sia soggetto al diritto europeo, poiché è quest'ultimo che decide se un ente pubblico sia o meno un'articolazione dello Stato o debba considerarsi mera impresa pubblica, a prescindere dai paradigmi del diritto interno.

Un'altra, importante questione: se la legge 339/2003, viola il principio della certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento sul piano interno ed europeo. Anche qui le due Corti giungono a conclusioni in parte diverse e si nota la riluttanza dei giudici europei ad addentrarsi in un difficile bilanciamento di interessi, preferendo gli obiettivi perseguiti dalla legge all'affidamento riposto dai ricorrenti o viceversa.

Trattasi peraltro di valutazione che necessita di vari elementi, specie attorno alla prevedibilità del comando dello Stato, che la stessa Corte Ue probabilmente non ha ricevuto e sui quali, viceversa, le sezioni Unite si dilungano ampiamente.

Spicca poi il rapporto tra regolamentazione statale e norme Ue a tutela della concorrenza. Il punto di equilibrio è stato qui fissato, nei casi Arduino e Wouters (C-309/99), nell'esistenza di una *clearly articulated and actively supervised state action* (per dirla con il noto caso nordamericano Parker v. Brown, del 1943). Se v'è un comando statale rispondente a un interesse pubblico non v'è più *competition scrutiny*. E qui, l'interesse pubblico è l'indipendenza del professionista forense. Inoltre, gli Ordini, nel procedere d'ufficio alla cancella-

Il tema della settimana

Non è una questione "simbolica". Si sta parlando dell'anno caso dei legali pubblici dipendenti in part time, situazione riaperta dalla legge 339/2003 e che si immaginava chiusa con l'ultimo pronunciamento, sebbene non definitivo, da parte del Parlamento sulla riforma dell'ordinamento forense. La pubblicazione di due decisioni, rispettivamente della Corte di giustizia e delle sezioni Unite della Cassazione, sul tema ha riproposto la posizione di circa un migliaio di soggetti che si trovano in questa condizione. Ma dove sta il problema allora? Per il professor Aldo Berlinguer, che introduce la riflessione della settimana, nel regolamento del conflitto d'interesse.



zione degli avvocati che non hanno abbandonato l'impiego pubblico nel termine triennale previsto, non possono aver violato il diritto della concorrenza: manca infatti il cosiddetto «comportamento autonomo di impresa» (si veda il caso Cif, C-198/01); essi cioè, non hanno alcuna discrezionalità, eseguono puntualmente la legge.

Ancora: la direttiva n. 98/5/Ce ha comportato l'armonizzazione delle regole relative ai requisiti per l'iscrizione agli albi. Nessuno Stato ospitante può quindi sindacare i criteri selettivi propri di altro Stato membro che ha accordato al professionista stabilito il titolo professionale forense (cfr. Granducato di Lussemburgo, C-193/05). Non sono invece armonizzate le regole relative all'esercizio della professione e l'articolo 8 della stessa direttiva n. 98/5 sarebbe teso a proteggere gli avvocati italiani da un'eventuale discriminazione a rovescio rispetto ad avvocati europei che volessero stabilirsi in Italia. In effetti, la normativa europea, letta in combinazione con l'articolo 3 del Rd 1578/1933 e con l'articolo 5, comma 2, del Dlgs 96/2001, scongiura ogni forma di discriminazione, applicandosi l'incompatibilità a tutti gli avvocati/dipendenti pubblici stabilmente esercenti in Italia, che siano italiani o meno.

In ultimo, la Corte Ue, pur non rilevando alcuna potenziale violazione del diritto europeo, ciò nondimeno adotta il consueto test di necessità-proporzionalità, giudicando legittimo il divieto di cui alla legge 339/2003 a patto che esso non ecceda quanto necessario a conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse. E incarica il giudice nazionale di verificare quest'aspetto.

Ora, se ben ricordo, una simile valutazione era stata già ampiamente svolta dalla Corte costituzionale (Corte costituzionale 11 giugno 2001 n.189) nel momento in cui il Consiglio nazionale forense tentò di censurare la legge 662/1996, che aveva rimosso l'incompatibilità. La Consulta aveva però dissipato ogni dubbio con riguardo agli articoli 3, 4, 24, 97, 98 della Costituzione, proprio in quanto la legge 662/1996 era provvista di tutti i meccanismi idonei a risolvere potenziali conflitti di interes-

si. E ciò non solo in virtù dell'articolo 1 comma 56-*bis* della stessa legge, che vieta il conferimento di incarichi da parte delle amministrazioni pubbliche in favore del dipendente iscritto all'albo e impedisce di esercitare il patrocinio in controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione, ma anche del comma 58 che consente la valutazione in concreto dei singoli casi di conflitto di interesse, e nel comma 58-*bis*, che riserva alle stesse amministrazioni pubbliche la potestà di indicare le attività «comunque non consentite» in «ragione della interferenza con i compiti istituzionali».

Per vero, la Consulta è poi tornata sull'argomento nel 2006, con la sentenza n. 390, ove ha ritenuto non

irragionevole il divieto reintrodotta dalla legge 339/2003. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha invece rilevato che la reintroduzione dell'incompatibilità per i soli avvocati, oltre a costituire un limite alla libertà di iniziativa economica, costituisce una misura discriminatoria rispetto ad altri professionisti non proporzionata all'esigenza di garantire il diritto alla difesa dei consociati, stanti le garanzie di indipendenza già previste dal sistema normativo e da quello disciplinare forense. Questa valutazione, espressa nel 2001 (segnalazione/parere 12 dicembre 2001, atto Senato 223), è stata confermata nel 2009 (atto Senato 602) con riferimento alla riforma della professione forense (articolo 16).

Oggi, alle perplessità già espresse dalle autorità indicate, si aggiungono anche i dubbi mossi dalle sezioni Unite della Cassazione, i quali, pur avendo segno e portata diversi, contribuiscono a rendere il quadro assai più incerto e frastagliato. Ecco quindi incombere, sul giudice di pace di Cortona, un compito assai delicato. Recepite le indicazioni della Corte Ue, sta adesso a lui valutare la compatibilità della legge 339/2003 con il diritto europeo. Gli elementi non mancano e il problema dei conflitti di interesse, nella professione forense, offre una tale, ampia casistica, da non far mancare termini di paragone. ■

Sulla reintroduzione dell'incompatibilità per questo tipo di soggetti, già oggetto delle critiche dell'Autorità per la concorrenza, si aggiungono ora anche i dubbi mossi dalle sezioni Unite, che rendono ancora più incerto il quadro

cembre 2001, atto Senato 223), è stata confermata nel 2009 (atto Senato 602) con riferimento alla riforma della professione forense (articolo 16).

Oggi, alle perplessità già espresse dalle autorità indicate, si aggiungono anche i dubbi mossi dalle sezioni Unite della Cassazione, i quali, pur avendo segno e portata diversi, contribuiscono a rendere il quadro assai più incerto e frastagliato. Ecco quindi incombere, sul giudice di pace di Cortona, un compito assai delicato. Recepite le indicazioni della Corte Ue, sta adesso a lui valutare la compatibilità della legge 339/2003 con il diritto europeo. Gli elementi non mancano e il problema dei conflitti di interesse, nella professione forense, offre una tale, ampia casistica, da non far mancare termini di paragone. ■



Per saperne di più:

www.consiglionazionaleforense.it

