

STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO

prof. avv. Agatino Cariola

Ordinario Diritto Costituzionale Università di Catania

prof. avv. Dario Pettinato

Associato Diritto Internazionale Università di Catania

avv. Giuseppe Valastro

avv. Marcella Vitello

avv. Roberto di Salvo

avv. Carmelo Floreno

avv. Andrea Provvidenza

avv. Valentina Cartia

Catania, 4 gennaio 2019

Ill.mo sig. Presidente

Avv. Maurizio Magnano di San Lio

**Consiglio dell'Ordine degli
Avvocati Catania**

OGGETTO: PARERE LEGALE SULLE ELEZIONI DEL CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI CATANIA, INDETTE PER I GG. 9-12 GENNAIO 2019, E SULLA DISCIPLINA DA APPLICARE AI SENSI DELLA L. N. 113/2017 E DELLA SENTENZA CASS., S.U., N. 32781/2018.

LA RADIO DELL'AVVOCATURA

**IUS
LAW**

con nota del 2 gennaio 2018, e nella quale, in qualità di Presidente della Commissione Elettorale per le elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, quadriennio 2019/2022, la S.V. mi ha chiesto «*parere sui poteri di cognizione della Commissione Elettorale e del parametro normativo da applicare, anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione 32781/2018*».

Il problema insorge in occasione dell'indizione dell'elezione per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, fissata per i giorni 9, 10, 11 e 12 gennaio p.v., e soprattutto per l'intervento di Cass., s.u., n. 32781/2018. Tale sentenza ha, infatti, ritenuto che la causa di ineleggibilità disposta dall'art. 3, comma 3, della legge n. 113/2017, si riferisca «*pure ai mandati espletati - o in corso di espletamento - prima dell'entrata in vigore della legge in parola*» (n. 27).

La normativa di riferimento è oggi costituita dalla l. 12 luglio 2017, n. 113, dedicata alle *Disposizioni sulla elezione dei componenti dei consigli degli*

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

ordini circondariali forensi, ed il cui art. 3, comma 1, dispone che «I componenti del consiglio sono eletti dagli avvocati iscritti all'ordine ai sensi dell'articolo 25 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, con voto segreto, in base alle disposizioni della presente legge»; seguito da presso dal comma 3 alla cui stregua «Sono eleggibili gli iscritti che hanno diritto di voto, che non abbiano riportato, nei cinque anni precedenti, una sanzione disciplinare esecutiva più grave dell'avvertimento. Fermo restando quanto previsto al comma 4, i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi. La ricandidatura è possibile quando sia trascorso un numero di anni uguale agli anni nei quali si è svolto il precedente mandato». Per il successivo comma 4 «Dei mandati di durata inferiore ai due anni non si tiene conto ai fini del rispetto del divieto di cui al secondo periodo del comma 3».

Viene in rilievo anche la disciplina transitoria contenuta nell'art. 17, comma 3, della stessa legge n. 113/2017. Vi si prevede che *«In sede di prima applicazione, la durata dei consigli dell'ordine, ivi compresi quelli eletti ai sensi dei commi 1 e 2, è stabilita comunque alla scadenza del 31 dicembre 2018, ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3 della presente legge. Alle elezioni successive si applicano le disposizioni di cui all'articolo 28, comma 7, della legge 31 dicembre 2012, n. 247».*

In applicazione di tali norme la citata sentenza della Cassazione ha ritenuto *«che la norma a regime (art. 3, co. 3, secondo periodo) sia adeguatamente chiara nel senso di escludere la stessa eleggibilità di avvocati che abbiano espletato due mandati consecutivi, anche se sotto il regime dell'ordinamento della professione forense previgente alle riforme del 2012 (e, quanto alla disciplina elettorale, del 2017); e che tale interpretazione, valevole per l'assetto a regime della normativa, sia da estendere anche alle elezioni in sede di prima applicazione della legge 113/17 in virtù di una norma transitoria (art. 17, co. 3, primo periodo, ultimo inciso, della l. 113/17) altrettanto idoneamente specifica» (n. 21).* Secondo la Corte *«il tenore testuale finale della norma transitoria - con la sua espressa salvezza dell'applicazione del co. 3 dell'art. 3 - deve comportare che pure in sede di prima applicazione della legge 113/17 vige la regola dell'ineleggibilità dei consiglieri più di due mandati*

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

consecutivi (con la sola eccezione di cui al co. 4 dell'art. 3, richiamato dall'art. 3, co. 3, secondo periodo, della legge 113/17, che esclude dal computo dei mandati ostativi quelli di durata inferiore al biennio): ma, in sede di prima applicazione, i mandati consecutivi già espletati o in corso di espletamento non possono, in natura, essere altro che quelli retti dal previgente regime o sotto di esso iniziati» (n. 25).

La Cassazione ha operato un'opzione interpretativa ispirata ad una decisa presa di posizione (di quelle che un tempo si sarebbe detto di politica del diritto), volta a prevenire «cristallizzazioni» e «rendite di posizione» e favorire il ricambio nella gestione degli organi di governo degli Ordini professionali ¹.

¹ «28. È convinta opinione di queste Sezioni Unite che un simile regime definitivo, analogo - tra gli altri - a quello introdotto per gli organismi rappresentativi di altri ordini professionali (come quello dei dottori commercialisti ed esperti contabili, ai sensi dell'art. 9, comma nono, del d.lgs. n. 139 del 2005, a mente del quale «i consiglieri dell'Ordine ed il presidente possono essere eletti per un numero di mandati consecutivi non superiore a due») deve qualificarsi (come già si è espresso, testualmente, questa Corte a sezione semplice: Cass. 21/05/2018, n. 12461) funzionale all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione degli iscritti all'esercizio delle funzioni di governo degli Ordini, favorendone l'avvicendamento nell'accesso agli organi di vertice, in modo tale da garantire la par condicio tra i candidati, suscettibile di essere alterata da rendite di posizione (cfr. in riferimento alla rieleggibilità alla carica di Sindaco, Cass., Sez. I, 26/03/2015, n. 6128)», nonché di evitare «fenomeni di sclerotizzazione nelle relative compagini (cfr. Cass., Sez. I, 9/10/2007, n. 21100; Cass. 5/06/2007, n. 13181; Cass. 20/05/2006, n. 11895), potenzialmente nocivi per un corretto svolgimento delle funzioni di rappresentanza degl'interessi degl'iscritti e di vigilanza sul rispetto da parte degli stessi delle norme che disciplinano l'esercizio della professione, nonché sull'osservanza delle regole deontologiche».

29. In particolare, è chiara la valutazione del legislatore della protratta consecuzione dei mandati come idonea a fondare, con la permanenza nella gestione degli interessi di categoria, un rischio di sclerotizzazione delle compagini rappresentative e di viscosità o remore anche inconsapevoli nell'ottimale esercizio delle istituzionali funzioni di rappresentanza e vigilanza.

30. Evidentemente, la norma valuta come da evitare per quanto più possibile il pericolo di una cristallizzazione di posizioni di potere nella gestione di queste a causa della protrazione del loro espletamento ad opera delle stesse persone: protrazione che è, a sua volta, fomite o incentivo di ben prevedibili tendenze all'autoconservazione a rischio di prevalenza o negativa influenza su correttezza ed imparzialità dell'espletamento delle funzioni di rappresentanza. Al contrario, questo dovrebbe necessariamente essere sempre ispirato, per le

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

Alla stregua di siffatta *ratio* è stata ricostruita la disciplina transitoria dettata dalla l. n. 113/2017, pur riconoscendo «*l'ambiguità e la conseguente irrilevanza dell'iter parlamentare*» (n. 22), addirittura sottolineando «*l'andamento, obiettivamente ondivago, dei lavori*» parlamentari stessi (n. 24).

Deve rilevarsi, infine, che a sostegno della legittimità della previsione così come intesa ed applicata, la stessa decisione (al n. 39) ha citato Corte costituzionale n. 118/1994, la quale a sua volta aveva ritenuto che l'immediata applicazione di un'ipotesi di limitazione dell'elettorato passivo non integri la violazione dell'«*art. 25, secondo comma, della Costituzione, per il principale motivo che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'invocato principio si riferisce alle sole sanzioni penali (cfr. sentt. nn. 823 del 1988, 250 del 1992); [e che] d'altra parte, ... nella specie si è in presenza della ordinaria operatività immediata di una legge, e non di retroattività in senso tecnico, con effetti, cioè ex tunc*».

Su questa sentenza si avrà occasione di esprimere qualche considerazione, non prima di avanzare qualche notazione sull'individuazione delle tipologie di limitazione all'elettorato passivo contemplate dalla disciplina di necessaria applicazione per la Commissione elettorale e sulle attribuzioni di quest'ultima.

Infatti, secondo l'art. 9, comma 5, l. n. 113/2017, «*La commissione elettorale procede alla verifica delle candidature nonché del rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 8 della presente legge e sovrintende a tutte le operazioni elettorali, nonché alle ulteriori attività connesse sino alla*

stesse pubblicistiche esigenze che presiedono alla loro strutturazione in sistema ordinistico, a particolare correttezza e rigore nell'esercizio delle professioni così strutturate.

31. Pertanto, per valutazione legislativa ogni prolungato esercizio del mandato, come dalla norma individuato per tempo pari alla durata di due mandati consecutivi (purché ognuno non inferiore a due anni e cioè, per gli Avvocati, in ragione della metà della durata del mandato ordinario), preclude la (immediata) rieleggibilità del consigliere, al fine di impedire la cristallizzazione della sua rendita di posizione e di porre almeno un limite o correttivo a quella che da taluni si è definita come l'evidente asimmetria di potere tra esponenti già in carica - soprattutto se da anni e per un mandato già rinnovato - e nuovi aspiranti alla carica».

STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO

proclamazione degli eletti: nella nozione di verifica sono da ritenere compresi l'accertamento dei requisiti di eleggibilità e - di conseguenza - l'esclusione dei candidati mancanti di tali presupposti. Il principio si ritrova sancito nella legislazione elettorale ai più vari livelli: cfr. art. 22 dpr n. 361/1957, per le elezioni politiche; art. 13 l. n. 18/1979 per le elezioni al Parlamento europeo; art. 30 dpr n. 570/1960 per le elezioni degli enti locali; art. 10 l. n. 108/1968 per le elezioni dei consigli regionali e per la parte tuttora in vigore a seguito della riforma dell'art. 122 Cost.

L'art. 3, comma 3, l. n. 113/2017, stabilisce a tutta evidenza un'ipotesi di ineleggibilità: la stessa Cass. n. 32781/2018 discorre in maniera inequivocabile di ineleggibilità², anche se al n. 16 la sentenza dichiara di non avvertire la «*necessità di affrontare in questa sede alcuna questione sulla qualificazione del requisito come relativo ad incandidabilità od ineleggibilità*».

Invero, la nozione di incandidabilità è piuttosto recente nel nostro ordinamento ed è stata introdotta dall'art. 15 della l. 19 marzo 1990, n. 55, quale ipotesi di limitazione dell'elettorato passivo in dipendenza di fattispecie comportanti a carico del soggetto un disvalore di carattere penale: fattispecie che per questo non potevano accostarsi alle «classiche» ipotesi di ineleggibilità (tipici esempi quelli dei prefetti, dei questori, dei magistrati che non possono

² «*Pure in sede di prima applicazione della legge 113/17 vige la regola dell'ineleggibilità dei consiglieri più di due mandati consecutivi*» (n. 25); «*per l'identificazione dei presupposti o cause di ineleggibilità*», (n. 27); «*norme che prevedono cause d'ineleggibilità*», (n. 33); «*né può dirsi che attribuire rilevanza, ai fini dell'ineleggibilità, ai mandati pregressi e cioè anche a quelli espletati pure solo in parte prima dell'entrata in vigore della norma, ...*», (n. 37); «*la nuova norma sull'ineleggibilità*» (n. 41); «*la conclusione della necessaria rilevanza dei mandati pregressi è imposta dall'esigenza di immediata operatività delle condizioni di ineleggibilità*» (n. 44); «*reputano queste Sezioni Unite che la regola dell'ineleggibilità originaria dei consiglieri che abbiano già svolto due mandati consecutivi va interpretata, in conformità alle linee ermeneutiche già adottate in altre materie elettorali o ad esse equiparabili, nel senso che, entrata in vigore una norma che pone quale requisito di eleggibilità l'assenza di esiti o conseguenze di condotte o di fatti verificatisi anche solo parzialmente in precedenza, in difetto di espressa chiara norma in contrario, il requisito deve sussistere pure in riferimento a quei fatti e quelle condotte già verificatisi in tempo anteriore e, così, pure prima dell'entrata in vigore delle norme che li assumevano a presupposti ostativi all'eleggibilità*»; ma v. anche nn. 34 e 43

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

candidarsi nei collegi nei quali esercitano le funzioni, art. 7 dpr n. 361/1957) e che non importano appunto alcun giudizio di disvalore a carico dei soggetti ineleggibili. La disciplina sull'incandidabilità è ora in gran parte contenuta nel d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, che l'ha estesa alle elezioni politiche e per il Parlamento europeo ed ha previsto (in realtà, confermato) che l'accertamento della condizione di incandidabilità già nella fase di presentazione delle candidature comporta la cancellazione dalla lista dei candidati.

L'insistenza sulla disciplina delle incandidabilità non è senza significato: infatti, per quanto si è notato, al fine di giustificare la decisione adottata, Cass n. 32781/2018 ha ricordato che *«già in altra occasione pure il Giudice delle leggi ha rilevato che l'introduzione di limiti all'accesso alle cariche elettive e, in generale, all'elettorato passivo non implica altro che l'operatività immediata della legge e non una retroattività in senso tecnico e cioè con effetti ex tunc (Corte cost. 118/94): ed è stata qualificata come il legittimo «frutto di una scelta discrezionale del legislatore certamente non irrazionale» l'attribuzione ad una condizione personale peculiare di una rilevanza così intensa da influire negativamente anche per il futuro, nonostante tale idoneità non possedesse al momento in cui si era verificata, sull'effettivo espletamento della funzione cui costituiva un ostacolo»* (n. 39).

Si è riportato addietro un passo della sentenza della Corte costituzionale n. 118/1994; epperò, va subito notato che la stessa si riferiva ad un caso in cui veniva in evidenza la condanna di un amministratore locale ai sensi dell'art. 318 c.p. e l'applicazione del regime di incandidabilità introdotto dalla l. n. 55/1990. Allora, è stato assolutamente ragionevole per il giudice costituzionale ritenere che *«non risultano lesi gli art. 51, primo comma, e 3 della Costituzione, censure che vanno esaminate - così come sono prospettate - congiuntamente. Alla luce della ratio della normativa come sopra individuata, non appare, invero, affatto irragionevole che questa operi con effetto immediato anche in danno di chi sia stato legittimamente eletto prima della sua entrata in vigore: costituisce, infatti, frutto di una scelta discrezionale del legislatore certamente non irrazionale l'aver attribuito all'elemento della condanna irrevocabile per determinati gravi delitti una rilevanza così intensa,*

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

«sul piano del giudizio di indegnità morale del soggetto, da esigere, al fine del miglior perseguimento delle richiamate finalità di rilievo costituzionale della legge in esame, l'incidenza negativa della disciplina medesima anche sul mantenimento delle cariche elettive in corso al momento della sua entrata in vigore». Si vuol dire che il riferimento alla giurisprudenza costituzionale riguarda appunto un'ipotesi di incandidabilità per l'esistenza di una condanna per reato contro la p.a. e non l'ipotesi dell'ineleggibilità per la presenza e/o l'assenza di un presupposto assolutamente "neutro" quale l'assunzione di un ruolo pubblico o lo svolgimento di più mandati elettorali.

Può aggiungersi che la decadenza dalla carica pubblica disposta dalla legge n. 55/1990 confermava la tesi al tempo accolta dal Giudice costituzionale circa la sua immediata applicabilità.

Diverso è il caso dell'ineleggibilità disposta da una disciplina di nuova introduzione e che, allora, non può che applicarsi per il futuro in applicazione dell'art. 11 preleggi e di ben noti criteri circa la portata delle norme limitatrici di diritti. Insomma, il precedente del 1994 non mi pare attagliarsi alla vicenda della quale è questione. Che la Cassazione abbia utilizzato quel precedente ai fini della soluzione da dare al diverso caso dell'ineleggibilità mi sembra non rispondente ai canoni di una corretta ermeneutica. Paradossalmente di taluni salti logici dà prova la stessa sentenza che ha ben posto l'accento sulla *ratio* di rinnovamento degli organi ordinistici a fondamento della novella del 2017 (proprio quella che è stata ritenuta ambigua), ha insistito sul fatto che quest'ultima non abbia portata retroattiva, giustapponendovi però ad ogni pie' sospinto la volontà del legislatore che in ogni caso avrebbe disposto in tal modo (sempre per come siffatta volontà è stata intesa alla stregua dell'opzione interpretativa esplicitamente accolta). Ad una lettura un poco avvertita, la sentenza n. 32781 risulta troppo motivata, quasi a voler imporre una soluzione (in contrasto con la posizione del CNF, sul punto ancora *infra*)³.

³ Analogamente risulta forzata l'assimilazione tra la rendita di posizione del sindaco uscente e quella del consigliere uscente di un ordine professionale, operata dai nn. 28 e 29 della sentenza n. 32871 a mezzo di parte della giurisprudenza ivi citata, giacché si trascura di considerare la differenza tra

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

Il mio parere è che la legge n. 113/2017 non possa avere efficacia retroattiva e non trovi quindi applicazione ai mandati precedenti ovvero a quelli in corso alla sua entrata in vigore. Mi rendo conto che la mia opinione è certamente di carattere personale e che altri possano ritenere diversamente, specie facendo perno sul principio di autorità di una decisione assai recente, la quale difficilmente potrà essere smentita nel prossimo futuro, tranne che sopraggiungano interventi di chiarimento del legislatore e/o del giudice costituzionale chiamato a pronunciarsi su una disciplina interpretata ed applicata in modo da incidere su più principi costituzionali.

Inteso nel senso accolto dalla Cassazione, l'art. 3, comma 3, l. n. 113/2017, avrebbe indubbiamente portata retroattiva sol che si consideri il fatto che chi negli anni scorsi si è candidato ed è stato eletto nei Consigli degli Ordini, lo ha fatto sulla base di un quadro normativo che al tempo gli consentiva la rielezione senza alcun limite ovvero alle condizioni dell'art. 28, l. n. 247/2012. Il principio di irretroattività della legge, infatti, discende da un valore di carattere più generale che è quello della certezza del diritto. A quest'ultimo si connette l'affidamento che ognuno ripone nelle possibilità consentite dalla normativa del tempo, specie quella di carattere organizzativo che riguarda l'elettorato passivo nelle più diverse manifestazioni e che stabiliscono, allora, le "regole del gioco" di ogni competizione.

Lo ripeto: l'avvocato che negli anni scorsi è stato eletto nel Consiglio dell'Ordine forense ha riposto al tempo piena fiducia sulle possibilità di rielezione ovvero di rinnovo del mandato. La disciplina che limitasse tale possibilità, appunto perché stabilisce nuove regole del gioco non potrebbe valere che per il futuro, in modo da riconoscere e consentire ad ogni interessato la piena facoltà di scelta (se candidarsi ovvero rispettare un periodo di decantazione o adottare altre soluzioni).

A ritenere che la l. n. 113/2017 sia di immediata applicazione, si giunge

il corpo elettorale – per così dire – generale coinvolto nelle elezioni amministrative e quello che deve considerarsi proprio di un ceto per definizione maturo e che trae qualificazione dall'esercizio dell'impegnativa professione legale.

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

ad assegnare alla stessa legge efficacia retroattiva, ma appunto per questo la medesima incide sull'affidamento indotto ed intercetta più principi di ordine costituzionale.

Le disposizioni che limitano l'elettorato passivo – oltre ad essere tassative – non possono mai essere né retroattive in senso proprio, né meramente retrospettive; in altri termini, non possono mai considerare per la limitazione del diritto in parola fatti che si sono svolti nel passato. Se da un lato, infatti, è pacificamente riconosciuto – in dottrina come nella giurisprudenza della Corte costituzionale – che le cause ostative all'assunzione di una carica elettiva devono essere determinate in maniera tassativa per evitare dubbi e incertezze tali da pregiudicare l'applicazione dell'art. 51 Cost. e devono contenersi entro i limiti di quanto è necessario per le esigenze di interesse pubblico cui sono preordinate (cfr. Corte costituzionale nn. 38/1971; 189/1971; 58/1972; 166/1972; 571/1989; 344/1993; 141/1996; 364/1996); d'altro lato, è evidente che tali cause non possono in alcun modo considerarsi, per limitare la libertà degli interessati di accedere a cariche pubbliche, fatti avvenuti precedentemente alla loro entrata in vigore. Lo esigono non solo il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche pubbliche ex art. 51 Cost. e, più a monte il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.; ma più in generale il principio di *favor libertatis* e quello di irretroattività della legge, specie nella declinazione offertane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi, Corte EDU).

A tal proposito, è nota l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di irretroattività posto a garanzia della certezza del diritto che, al pari della tutela del legittimo affidamento, si pone quale strumento di difesa anche contro il potere dei soggetti investiti della produzione normativa. Tale principio di irretroattività assume certo una diversa intensità a seconda che riguardi la materia penale o altra e diversa materia. In ambito penale, il principio in parola trova piena tutela all'interno della Costituzione (art. 25), della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, CEDU, (art. 7) e della Carta dei Diritti dell'Unione Europea (art. 49) e presenta il carattere dell'assoluta inderogabilità essendo fondamentale presupposto per la libera

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

autodeterminazione individuale del soggetto privato. Nelle altre materie il principio di irretroattività della legge – sancito nell’art. 11 preleggi - si sostanzia nell’impossibilità di applicare la legge nuova non solo ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore ma anche a quelli sorti anteriormente e ancora in corso. Regola basilare di civiltà del diritto, l’irretroattività della legge è uno strumento fondamentale di garanzia per i cittadini che, nel determinare la propria condotta – e nell’orientare le proprie scelte di vita – tengono sempre conto delle leggi vigenti al tempo e su queste ripongono il loro legittimo affidamento.

Il divieto di retroattività, come principio generale del diritto, produce quindi effetti di vincolo sulle fonti primarie, almeno quando si salda con altri principi di sicuro rango costituzionale (come appunto quello di pari opportunità di accesso alle cariche elettive ex art. 51 Cost.) e obbliga il legislatore a strutturare il rapporto tra legge nuova e vicende passate in modo tale da evitare che la nuova disciplina abbia effetti pregiudizievoli sui diritti costituzionali ai quali il principio di irretroattività risulta saldato.

In ragione di ciò è il legislatore a dover spiegare e giustificare l’eventuale portata retroattiva della disciplina innovativa. La giurisprudenza costituzionale ha sempre sottoposto le disposizioni retroattive ad uno *strict scrutiny* e ritiene irragionevoli ed arbitrari tali interventi in assenza di una causa normativa adeguata ovvero da una funzione della norma che renda accettabilmente penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso (cfr. Corte costituzionale n. 34/2015 e n. 92/2013) o di una «*inderogabile esigenza*» (Corte costituzionale n. 349/1985).

Un orientamento ancor più restrittivo è stato seguito dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha manifestato nel tempo un atteggiamento piuttosto severo e critico nei confronti di leggi retroattive anche in materia civile, a causa della loro capacità di interferire con i giudizi in corso, e quindi con la garanzia di cui all’art. 6 CEDU, e con il legittimo affidamento dei cittadini, e quindi con la garanzia di cui all’art. 1, Primo protocollo, CEDU. Il suddetto atteggiamento si è tradotto nella formulazione da parte della Corte EDU di un generale principio di irretroattività, anche nelle materie diverse da

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

quella penale, derogabile soltanto eccezionalmente qualora ricorrano “motivi imperativi di interesse generale”, peraltro debitamente provati da parte del legislatore, che giustifichino il sacrificio dei diritti fondamentali.

Il rinnovamento degli organi di direzione degli Ordini professionali è certo un interesse apprezzabile che ben si lega all’esigenze di circolazione delle élité nei diversi campi delle attività sociali; ma esso va sempre perseguito alla stregua delle regole fondamentali del nostro ordinamento e non certo in maniera da risultare *extra ordinem* o decisamente *contra ius*.

Ora, l’art. 3 della l. 12 luglio 2017, n. 113, nella parte in cui stabilisce che «*i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi*» e, così facendo, limita l’esercizio del diritto di elettorato passivo ai soggetti che hanno già ricoperto la carica di consigliere dell’ordine circondariale per due mandati consecutivi deve necessariamente essere applicato esclusivamente per il futuro ed è destinato, pertanto, a spiegare i propri effetti esclusivamente nei confronti di coloro che hanno svolto (*rectius*: svolgeranno) due mandati nei consigli circondariali dell’Ordine dopo la sua entrata in vigore. Ad accedere ad una diversa soluzione, infatti, si consentirebbe al legislatore di “cucire” addosso ad alcuni candidati le disposizioni che limitano l’elettorato passivo in una qualsiasi competizione per l’accesso ad una carica pubblica. In altre parole, il legislatore potrebbe, di volta in volta, impedire ad una determinata persona – o ad una determinata categoria di persone – di partecipare ad una competizione elettorale per il solo fatto di avere, nel passato, ricoperto una determinata carica o posseduto una particolare qualità/*status*. Ma in tal modo, verrebbero ad essere limitati gravemente sia il diritto fondamentale di accesso alle cariche pubbliche sia, più a monte, quello di svolgere un’attività o funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società, così come previsto dall’art. 4 Cost. Diritti, questi ultimi, che rientrano nel patrimonio assiologico inalienabile di un ordinamento democratico.

Debbo avanzare un’ultima notazione di carattere – per così dire – sistematico ed attinente ai rapporti istituzionali con gli inevitabili riflessi sulla legittimazione a pronunciare il diritto su talune vicende. Nella citata sentenza n. 32871 la Corte di cassazione ha annullato una sentenza del Consiglio

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

Nazionale Forense che aveva interpretato l'art. 3, comma 3, l. n. 113/2017, nel senso qui sostenuto, ed ha liquidato con poche battute il diverso orientamento dell'organo di autogoverno dell'avvocatura italiana. Eppure, la posizione del CNF non avrebbe dovuto essere "scartata" in modo tanto sbrigativo. Non contesto che la Cassazione esprima l'unità dell'ordinamento giuridico e realizzi, quindi, il superamento di ogni tentazione sezionale e/o corporativa. Epperò non va nemmeno sottovalutato che il CNF è il soggetto naturalmente legittimato (cfr. art. 25 Cost.) ad applicare la disciplina sul ceto forense ed a decidere sullo *status* di avvocato ⁴. Il CNF esercita al riguardo una funzione (altri direbbe: una prerogativa) analoga a quella che per l'art. 10 l. n. 195/1958 il CSM svolge nei riguardi dello stesso legislatore, allorché «*dà pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie*». Il carattere associativo dell'ente pubblico costituito da un ordine professionale avvalorava ancor più il ruolo del CNF e delle sue decisioni.

Voglio dire che le attribuzioni relative all'autogoverno dell'avvocatura ad opera (degli Ordini professionali e) del CNF sono di diretta e necessaria attuazione della Costituzione (segnatamente degli artt. 2, 4, 24, 111 e 113), alla stessa stregua di quelle che riguardano il CSM a proposito dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Ciò non significa che l'uno o l'altro organo possano considerarsi come soggetti di ordinamenti particolari chiusi o che le loro decisioni siano sottratte al sindacato giurisdizionale (ché, anzi, il sistema costituzionale esige sempre la presenza del controllo giurisdizionale); ma comporta certo di assegnare efficacia particolare alle decisioni dell'organo per definizione rappresentativo della categoria professionale associata, quali

⁴ Cfr. art. 35 l. n. 247/2012, alla cui stregua «*Il CNF: a) ha in via esclusiva la rappresentanza istituzionale dell'avvocatura a livello nazionale e promuove i rapporti con le istituzioni e le pubbliche amministrazioni competenti; ... c) esercita la funzione giurisdizionale secondo le previsioni di cui agli articoli da 59 a 65 del regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37; ... q) esprime, su richiesta del Ministro della giustizia, pareri su proposte e disegni di legge che, anche indirettamente, interessino la professione forense e l'amministrazione della giustizia*».

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

espressioni qualificate dell'autonomia della quale la stessa categoria gode.

Allora, la circostanza che nel CNF si sia affermata la giurisprudenza che escludeva portata retroattiva alla l. n. 113/2017 era un fatto da considerare con riguardo, giacché proveniente dal giudice naturale della disciplina riguardante l'esercizio della professione di avvocato e l'organizzazione degli ordini forensi.

Sotto questo profilo la stessa sentenza n. 32871/2018, lungi dall'essere meramente ricognitiva di una disciplina stabilita dal legislatore del 2012 e del 2017, nel momento in cui si contrappone alle decisioni del CNF⁵, risulta porre una regola innovativa e non è il caso di ripetere qui quanto si è affermato ad opera della stessa giurisprudenza della Cassazione sui casi di *prospective overruling* capace di incidere sulle posizioni delle parti, specie in occasione dell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale: posizioni che debbono pur sempre essere garantite sempre alla stregua della tutela del legittimo affidamento indotto. La sentenza risulta essere il "tassello" innovativo che muta la procedura elettorale.

In conclusione, mi pare che la sentenza n. 32871/2018 ponga una regola che richiede ancora di essere confermata, precisata e forse anche superata ad opera di altri soggetti (legislatore e Corte costituzionale), fonte al momento di incertezza particolarmente deleteria in una materia come quella organizzativa e, segnatamente, elettorale ove vengono in rilievo posizioni giuridiche di vero e proprio diritto soggettivo, specie di carattere fondamentale, quale quello di elettorato passivo.

La Commissione Elettorale istituita presso codesto Ordine ai sensi dell'art. 9 della l. n. 113/2017 non può non tener conto di tale stato di indeterminatezza ed adottare le decisioni che salvaguardino al momento le posizioni ed i diritti di tutti i partecipanti alla tornata elettorale del 9-12 gennaio p.v., oltre a valorizzare per l'istante la maturità del corpo elettorale.

Nella prospettiva alternativa che il futuro veda la conferma della regola

⁵ Quasi a riferire alla giurisprudenza dell'organo di autogoverno dell'avvocatura il rischio della «*crystallizzazione di posizioni di potere*», fomite di tendenze all'autoconservazione stigmatizzato al n. 30 della decisione.

**STUDIO LEGALE
CARIOLA PETTINATO VALASTRO**

dettata dalla Cassazione con la sentenza n. 32871 o che, al contrario, quella regola sia in qualche modo superata, il criterio della necessaria prudenza (che lo si faccia risalire o no al criterio di precauzione tipico delle questioni controverse in ambito scientifico; in ogni caso quello della prudenza è prodotto del principio di economicità che dovrebbe guidare tutte le decisioni amministrative) induce a non restringere per ora né l'elettorato attivo (art. 3, comma 2, l. n. 113) né l'elettorato passivo (art. 3, comma 3).

Colgo l'occasione per porgere a Lei ed ai componenti la Commissione Elettorale i miei più cordiali saluti.

prof. avv. agatino cariola

