(da www.servizi-legali.it)

E' possibile l'azione d'adempimento innanzi al TAR **contro un diniego** di iscrizione all'albo degli avvocati se l'iscrizione è stata richiesta da un abilitato all'esercizio della professione di avvocato che abbia invocato, per ottenere l'iscrizione, l'abrogazione (ex art. 3, comma 5-bis, d.l. 138/2011) "in ogni caso dalla data del 13 agosto 2012" delle incompatibilità di cui alla legge professionale forense che impedivano l'accesso libero (iscrizione all'albo) alla professione?

LO E' SOLO NEL PRESUPPOSTO CHE SI RICONOSCA, DA PARTE DEL TAR ADITO, LA NATURA DI "NON GIUDICE" DEL CNF. Ciò non è mai successo sino ad ora ma, a mio avviso, potrebbe ormai succedere, **visto quel che il Consiglio di Stato ha scritto nel parere 3169/2012 a proposito della necessità che il governo prenda iniziative legislative capaci di realizzare la necessaria terzietà dei giudici speciali della disciplina e della tenuta degli albi dei professionisti** .

Parliamo, dunque, dell'azione di adempimento innanzi al TAR. Nella G.U. del 18/9/2012 è stato pubblicato il d.lgs. n. 160/2012, recante disposizioni correttive e integrative del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104). E' entrato in vigore il 3/10/2012.
E' stato modificato, tra l'altro, l'art. 34, c. 1, lett. c) del codice del processo amministrativo, al fine di chiarire l'ambito dell'azione di condanna. **Secondo la novella l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto (cosiddetta azione di adempimento) può essere proposta contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio** , specificandosi però che in ogni caso l'accertamento della fondatezza della pretesa può essere effettuato solo nei limiti rigorosi stabiliti dall'art. 31, comma 3, a proposito dell'azione avverso il silenzio che tendono a garantire il principio della separazione dei poteri.

In pratica si è introdotta chiaramente l'azione di adempimento anche nel caso di azione di annullamento e si è chiarito l'art. 30, rubricato "azione di condanna".
Dunque ora, in base all'art. 34, comma 1, in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda:
a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato;
b) ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine;
c) condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice

civile;L’azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all’articolo 31, comma 3, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego o all’azione avverso il silenzio;
d) nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato;
e) dispone le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza.
Rammentiamo che, in base all'art. 31, comma 3, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione.

SE SI RIESCE A CONVINCERE IL TAR CHE HA GIURISDIZIONE (PERCHE' IL CNF E' "NON GIUDICE", COME SEMBRA RITENERE ANCHE IL CONSIGLIO DI STATO NEL SUO PARERE 3169/2012) SI PUO' OTTENERE CONDANNA DELL'ORDINE AD ISCRIVERE ALL'ALBO L'ABILITATO CHE SI SIA VISTO RIGETTARE UNA ISTANZA DI ISCRIZIONE PRESENTATA INVOCANDO L'ART. 3, COMMA 5-BIS, DEL D.L. 138/2011 (abrogazione automatica

delle incompatibilità "preventive" alla data del 13 agosto 2012).

OVVIAMENTE, SE SI VUOLE OTTENERE SENTENZA CHE CONDANNI IL CONSIGLIO DELL'ORDINE AD ISCRIVERE ALL'ALBO L'ABILITATO, BISOGNA BEN CHIARIRE AL GIUDICE LA RAGIONE PER LA QUALE DAL 13 AGOSTO 2012 I CONSIGLI DEGLI ORDINI HANNO L'OBBLIGO DI ISCRIVERE AGLI ALBI GLI ABILITATI ALL'ESERCIZIO DELLE VARIE PROFESSIONI (ATTIVITA' VINCOLATA). Ricordo che la questione dell'abrogazione automatica delle norme dell'ordinamento professionale forense è pure già stata sottoposta alle Sezioni Unite della Cassazione.

Contro il silenzio del Consiglio dell'Ordine a fronte di una domanda di iscrizione, invece, cosa fare?

Si potrebbe non fare niente, aspettando il maturare, dopo 60 giorni, del silenzio assenso ex art. 45 del d. lgs. 26.3.2010, n. 59. Scrive al riguardo il CNF nella sentenza 181/2011: "*sulla domanda di iscrizione nell’albo degli avvocati il consiglio territoriale deve ora provvedere entro due mesi dalla presentazione e non entro i tre in origine previsti e che, in caso di mancata*

adozione di qualsiasi provvedimento (di accoglimento, o di rigetto) si forma il cd. silenzio assenso contrariamente al regime previgente...
".

SIA IN CASO DI RIGETTO DELL'ISTANZA DI ISCRIZIONE, SIA IN CASO DI SILENZIO, E' OPPORTUNO RAPPRESENTARE AL CONSIGLIO DELL'ORDINE TUTTE LE RAGIONI CHE LO OBBLIGANO AD ADERIRE ALLA RICHIESTA DI ISCRIZIONE ALL'ALBO, NONCHE' INVITARLO EVENTUALMENTE ALL'AUTOTUTELA, CHIARENDO PURE LA EVENTUALE SUA RESPONSABILITA' PER DANNI. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (E IL COA E' ENTE PUBBLICO) E' TENUTO AL RISARCIMENTO PER IL SEMPLICE FATTO CHE SIA STATO ADEGUATAMENTE INVITATO ALL'AUTOTUTELA, MENTRE NON E' NECESSARIO CHE L'ASPIRANTE ALL'ISCRIZIONE ALL'ALBO CHE VOGLIA ACCONTENTARSI DEL RISARCIMENTO (DOPO AVER SUBITO UN DINIEGO DI ISCRIZIONE ALL'ALBO) AGISCA PER L'ANNULLAMENO DEL DINIEGO. E' la sentenza del Consiglio di Stato n. 6296 del 2011 ad affermarlo. Vi si legge tra l'altro: " *Venendo alla verifica della sussistenza del nesso di causalità, occorre accertare se la domanda di risarcimento sia da dichiararsi comunque infondata, come richiesto dal Comune di Oria, a causa della rilevanza sostanziale , sul versante causale, della mancata impugnazione dell'atto lesivo, da considerarsi come fatto valutabile ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale ipotetico prognostico, sarebbero stati evitati attraverso una tempestiva impugnazione ed una richiesta cautelare di sospensione dell'atto lesivo. A riguardo soccorre il comma 3 del citato art. 30, secondo cui "Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" nell'interpretazione fornitane dalla citata decisione dell'Adunanza Plenaria n.3/2011, in cui si legge che "la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela ed al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso , ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela)". No n è allora esigibile, affinchè il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione: ciò sarebbe contrario alla ratio della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a "strumenti di tutela", non già di "tutela giurisdizionale" e comunque non li considera ineluttabili ("anche attraverso…").*
E' sufficiente che l'amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito "avviso di danno" consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, l'obbligo (o, meglio, l'onere) di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo (art. 21-nonies l.n. 241 del 1990), al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal

privato (Cass. Sez. III, 3 marzo 2011, n. 5120).
Nella specie, il ricorrente ha tenuto un comportamento rispondente al canone di ordinaria diligenza preordinato ad evitare il danno, dapprima comunicando con raccomandata 13.11.2002 all'amministrazione , analiticamente, le ragioni per le quali riteneva ciascuna delle quattro prescrizioni illegittime – nel contempo accettando le rimanenti – con avviso degli "ingenti danni economici" subiti per effetto dell'atto, e trasmettendo, poi, atto stragiudiziale di diffida in data 25.9.2004 a provvedere entro dieci giorni alla revoca delle quattro condizioni in quanto illogiche, arbitrarie ed irrealizzabili. La sostanziale rinuncia a perseguire la realizzazione del progetto, anche omettendo di impugnare l'atto lesivo, può allora essere semmai considerata in sede di quantificazione del danno risarcibile, ma non certo come causa di esclusione del risarcimento.

Ritengo, comunque, che l'abilitato potrebbe anche suscitare l'attivazione dell'Antitrust a tutela della concorrenza nei servizi professionali, prevista dall'art. 21-bis della l. 287/90 (introdotto con d.l. 201/2011). Infatti, in base a tale norma, l'Antitrust può attivarsi " *contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato* ". Si consideri anche che una segnalazione all'Antitrust non comporta pagamento dell'ormai molto caro contributo unificato (che invece va pagato per agire in giudizio in prima persona sia contro il silenzio del Consiglio dell'Ordine sulla richiesta di iscrizione all'albo, sia contro il diniego di iscrizione).

Vedi anche, riguardo alla redazione di segnalazioni all'Antitrust, il mio sito www.servizi-legali.it

FAI VALERE IL TUO DIRITTO AL LIBERO LAVORO INTELLETTUALE ! Aderisci e invita altri ad aderire al social network www.concorrenzaeavvocatura.ning.com (conta già centinaia di adesioni)

... E LEGGI DI SEGUITO LA SENTENZA DEL CNF 181/2011...

N. 113/11 R.G. RD n. 181/11
CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio Nazionale Forense, riunito in seduta pubblica, nella sua sede presso il Ministero della Giustizia, in Roma, presenti i Signori:
- Avv. Carlo VERMIGLIO Presidente f.f.
- Avv. Giuseppe PICCHIONI Segretario f.f.
- Avv. Ubaldo PERFETTI Componente
- Avv. Antonio BAFFA “
- Avv. Stefano BORSACCHI “
- Avv. Antonio DAMASCELLI “
- Avv. Lucio Del PAGGIO “
- Avv. Federico FERINA “
- Avv. Fabio FLORIO “
- Avv. Enrico MERLI “
- Avv. Aldo MORLINO “
- Avv. Bruno PIACCI “
- Avv. Michele SALAZAR “
- Avv. Ettore TACCHINI “

con l’intervento del rappresentante del P.M. presso la Corte di Cassazione nella persona dell’ Avvocato Generale dott. Domenico Iannelli ha emesso la seguente
DECISIONE
sul ricorso presentato dal dott. C. L. avverso la delibera in data 24/2/11, con la quale il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma ha respinto la sua domanda di iscrizione nell’Albo degli Avvocati;
Il ricorrente, dott. C. L., non è comparso;
è presente il suo difensore avv. Gianluca Marucchi ;
Per il Consiglio dell’Ordine, regolarmente citato, nessuno è comparso;
Udita la relazione del Consigliere avv. Ubaldo Perfetti;
Inteso il P.M., il quale ha concluso chiedendo l’accoglimento del ricorso;
Inteso il difensore del ricorrente, il quale ha concluso chiedendo l’accoglimento del ricorso.
FATTO
Con provvedimento adottato dal Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Roma il 4.3.2011 e notificato all’interessato il 28 successivo, è stata respinta la domanda del dr. L. C. di
2
iscrizione di diritto all’albo degli avvocati richiesta in forza dell’art. 30 RdL 1578/1933 giusta

la sua qualità di ex magistrato della Corte di Conti in quiescenza dal 30.5.1999; argomenta il consiglio che sussiste incompatibilità ex art. 3 RdL 1578/1933 con la veste dell'interessato di presidente del consiglio di amministrazione dell'ente F. d. S. spa a partire dall'1.7.2010 data di accettazione della nomina; ciò, sulla scorta della possibilità, conferita al consiglio di amministrazione dall'art. 13 dello Statuto dell'ente, di attribuire al presidente deleghe operative oltre alla possibilità per lo stesso di nominare avvocati e la titolarità della firma sociale.
Con ricorso depositato il 18.4.2011 il dr. L. C. impugna il suddetto provvedimento chiedendone l'annullamento deducendone l'erroneità in quanto:
(a) il diniego sarebbe intervenuto oltre i due mesi previsti dal d. lgs 59/2010 essendo la domanda stata presentata il 1.7.2010 e risalendo il provvedimento ad oltre otto mesi dopo; ciò determinando il prodursi delle conseguenze previste dall'art. 20 della legge 241/1990 per cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento della domanda (silenzio assenso);
(b) il consiglio avrebbe erroneamente interpretato ed applicato l'art. 3 del RdL 1578/1933 dal momento che la veste di presidente di un consiglio di amministrazione non genera incompatibilità se questi sia privo di poteri gestori, com'è nella specie.
DIRITTO.
Il ricorso è fondato e va accolto.
Pacifica l'applicabilità alla specie del d. lgs. 26.3.2010, n. 59 (pubblicato nella G.U. n. 94 del 23.4.2010 e quindi operante alla data di presentazione della domanda di iscrizione che risale all'1.7.2010), l'art. 45 del medesimo così prescrive: "(…) 1. La domanda di iscrizione in albi, registri o elenchi per l'esercizio delle professioni regolamentate e' presentata al Consiglio dell'ordine o al Collegio professionale competente e deve essere corredata dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti stabiliti per ciascuna professione dal rispettivo ordinamento. 2. Il procedimento di iscrizione deve concludersi entro due mesi dalla presentazione della domanda. 3. Il rigetto della domanda di iscrizione per motivi di incompatibilità o di condotta può essere pronunciato solo dopo che il richiedente e' stato invitato a comparire davanti al Consiglio dell'ordine o al Collegio professionale competente. 4. Qualora il Consiglio o il Collegio non abbia provveduto sulla domanda di iscrizione nel termine stabilito dal comma 2 del presente articolo, si applica l'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241. 5. L'iscrizione all'albo o all'elenco speciale per l'esercizio di una professione regolamentata, in mancanza di provvedimento espresso, si perfeziona al momento della scadenza del termine per la formazione del silenzio assenso. 6. Dallo stesso 3
momento decorre il termine, ove previsto, per la notificazione o comunicazione del provvedimento agli aventi diritto".
Aggiunge l'art. 49, co. 2, quanto segue: "(...) All'articolo 31 del regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, sono apportate le seguenti modifiche: a) al primo comma, dopo la parola: "residenza" sono inserite le seguenti: "o il suo domicilio professionale"; b) al quarto comma la parola: "tre" è sostituita dalla seguente: "due"; c) il sesto comma e' sostituito dal seguente: "Al procedimento per l'iscrizione nell'albo si applica l'articolo 45, commi 4 e 5, del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/123/CE (e cioè il cit. d. lgs. 59/2010: N.d.R.)"".
Dalla combinazione di queste norme si evince che – per quanto qui interessa – sulla domanda di iscrizione nell'albo degli avvocati il consiglio territoriale deve ora provvedere

entro due mesi dalla presentazione e non entro i tre in origine previsti e che, in caso di mancata adozione di qualsiasi provvedimento (di accoglimento, o di rigetto) si forma il cd. silenzio assenso contrariamente al regime previgente secondo cui in caso di mancata adozione di un provvedimento "(…) l'interessato può, entro dieci giorni dalla scadenza di tale termine (tre mesi: N.d.R.), presentare ricorso al Consiglio nazionale forense il quale decide sul merito dell'iscrizione".
Tutto ciò rende inapplicabile alla fattispecie la giurisprudenza di questo Consiglio nazionale formatasi nel vigore dell'art. 31 RdL 1578/1933 prima delle modifiche apportate dal d. lgs. 59/2010, alla luce della quale il termine (in allora) di tre mesi per l'assunzione del provvedimento di assenso, o rigetto della domanda di iscrizione, aveva natura ordinatoria ed impediva il formarsi del silenzio assenso, ché anzi doveva qualificarsi, semmai, quale silenzio inadempimento (CNF 12.5.2010 n. 20, pres. Perfetti, rel Borsacchi e CNF 27.11.2009, n. 133, pres. Perfetti, rel. Berruti).
Né può impedire la formazione nella specie del silenzio assenso il fatto che il consiglio territoriale ha richiesto un parere alla Commissione consultiva del Consiglio nazionale forense prima che si maturasse il termine di due mesi. Infatti, ai sensi dell'art. 20 della legge 241/1990 non è prevista l'adozione di atti idonei ad interrompere, o sospendere, il decorso del termine, salva la conferenza dei servizi, come risulta dal coordinamento dei commi 1 e 2 del cit. art. 20. Senza dire della stessa sostanziale superfluità della richiesta del parere tenuto conto dell'impossibilità della commissione di esprimere opinioni su questioni specifiche e, per converso, della possibilità per il consiglio territoriale di ricavare da solo ed in modo piano i criteri logico/giuridici da adottare per la soluzione del caso attingendo alla normativa in vigore ed alla giurisprudenza costante di questo Consiglio nazionale forense sul punto.
4
Il ricorso va, quindi, accolto dovendosi rilevare l'avvenuta formazione del silenzio assenso posto che entro due mesi dalla presentazione della domanda non è intervenuto un atto espresso di diniego; onde, se un provvedimento deve ritenersi adottato (seppur formatasi in tal guisa), ciò precludeva l'adozione di una seconda decisione sulla stessa domanda, per giunta di segno contrario, avendo esaurito il consiglio territoriale, all'epoca della pronuncia dell'atto qui impugnato, il suo potere provvedimentale al riguardo. Il che non toglie che l'ente conservi pur sempre il potere di autotutela anche con riguardo al provvedimento formatosi col meccanismo del silenzio assenso e ciò in conformità a quanto previsto dall'art. 20, co. 3 legge 241/1990 secondo cui "(…) Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies":
L'accoglimento del primo motivo di appello assorbe e rende inutile l'esame del secondo.
P.Q.M.
Il Consiglio nazionale forense riunitosi in Camera di Consiglio;
visti gli artt. 54 segg. RdL 1578/1933, 50 segg. Rd 37/1934 e 45, 49 segg. D. lgs. 59/2010;
accoglie il ricorso, annulla il provvedimento impugnato e dichiara l'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla domanda di iscrizione nell'albo degli avvocati tenuto dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma avanzata dal dr. L. C. in data 1.7.2010.
Così deciso in Roma il 24/9/2011.
IL SEGRETARIO f.f. IL PRESIDENTE f.f.
f.to avv. Giuseppe Picchioni f.to avv. Carlo Vermiglio

Depositata presso la Segreteria del Consiglio nazionale forense,
oggi 15 dicembre 2011
IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
f.to avv. Andrea Mascherin
Copia conforme all’originale
IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
avv. Andrea Mascherin