

**CONSIGLIO DI STATO**; sezione VI; sentenza 10 gennaio 2011, n. 29; Pres. MARUOTTI, Est. GIOVAGNOLI; Min. interno (Avv. dello Stato URBANI NERI) c. De Cesaris (Avv. FOGLIETTI, SABATINI), *Amulla Tar Abruzzo, sez. Pescara, 22 marzo 2005, n. 135*.

**Impiegato dello Stato e pubblico in genere — Funzionario trasferito per finalità di assistenza a familiare invalido — Diritto alla sede — Conferimento di incarico di funzione — Priorità (L. 5 febbraio 1992 n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, art. 33).**

*Il dipendente pubblico trasferito in una sede di lavoro per fini di assistenza a un familiare portatore di handicap ha diritto alla stabilizzazione nella stessa sede, attribuendosi pertanto a tale dipendente priorità, rispetto ad altri aspiranti, nell'assegnazione di un incarico di funzione. (1)*

**Fatto e diritto.** — 1. - Viene in decisione l'appello proposto dal ministero dell'interno avverso la sentenza del Tar Abruzzo, sez. Pescara, 22 marzo 2005, n. 135.

2. - La sentenza di primo grado ha accolto il ricorso proposto dalla sig. Ida De Cesaris e, di conseguenza, ha annullato il decreto 3 gennaio 2005, n. 2269/9.8.1 Gab., del prefetto di Pescara con il quale è stato conferito alla sig. Valentina Italiani il posto di funzione di vicecapo di gabinetto.

Secondo il Tar, il prefetto non avrebbe dovuto procedere all'attribuzione del posto di vicecapo di gabinetto alla sig. Italiani, sulla base del diritto di precedenza di cui all'art. 33, 5° comma, l. 5 febbraio 1992 n. 104, dal momento che la fattispecie in esame non consisterebbe in un trasferimento di sede (come richiesto dalla legge), bensì un conferimento di incarico tramite procedura comparativa tra più aspiranti già in servizio presso la prefettura di Pescara.

3. - Il ministero dell'interno appella la sentenza gravata, deducendo, in particolare, che la l. 104/92 avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso di specie sulla base della considerazione secondo cui, prima dell'attribuzione del posto di vicecapo di gabinetto, si trovava nella condizione di dirigente soprannumerario ed è stato proprio grazie all'applicazione della disciplina sulla tutela della persona portatrice di handicap e dei familiari che l'assistente che ha potuto porre fine ad una situazione non definitiva, soggetta a mutamenti.

4. - L'appello merita accoglimento.

L'art. 33, 5° comma, l. 104/92 prevede che il lavoratore che assiste la persona con handicap ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso.

La norma, con la sua ampia formulazione, non attribuisce soltanto un diritto al trasferimento da una sede all'altra, ma un più ampio diritto alla sede, che include, oltre al diritto di trasferirsi, il diritto di rimanere nella sede già assegnata, nonché quello, che qui viene in rilievo, di rendere stabile e definitiva una sede precedentemente assegnata in via provvisoria.

Nel caso di specie la sig. Italiani si trovava in soprannumero presso la sede di Pescara; ella era pertanto esposta al rischio di eventuali provvedimenti di trasferimento disposti in futuro, certamente più probabili nei confronti dei dirigenti in esubero.

L'applicazione della l. 104/92 ha evitato questo rischio, determinando la stabilizzazione della sede, rendendo così effettivo quel diritto alla sede riconosciuto dall'art. 33, 5° comma, l. 104/92.

5. - Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

(1) I. - Ai sensi dell'art. 33 cod. proc. amm. (in vigore dal 16 settembre 2010) le «decisioni» (fino ad allora così denominate) del Consiglio di Stato assumono (come la presente) la denominazione di «sentenze».

II. - La sentenza in epigrafe non consta di precedenti, anche se nel diverso senso che il diritto di scelta della sede non costituisce titolo preferenziale in favore di un lavoratore vincitore di concorso, che consenta di sovvertire l'ordine di assegnazione delle sedi secondo la graduatoria finale, cfr. Trib. Roma 29 maggio 1999, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1151, e *Mass. giur. lav.*, 1999, 914, con nota di TATARELLI.

III. - Il collegio fornisce un'interpretazione estremamente lata dell'art. 33, 5° comma, l. n. 104 del 1992, capovolgendo del tutto la linea argomentativa seguita, in primo grado, dal Tar Abruzzo. Nel far ciò, la pronunzia presta il fianco a rilievi critici: si è attribuita alla disposizione legale una funzione del tutto ultronea ed estranea alla sua ratio, considerando criterio di priorità nell'assegnazione di un incarico di funzione, a seguito di valutazione comparativa, il fatto di operare già presso una certa sede, acquisita per trasferimento in forza dell'applicazione della l. n. 104 del 1992.

Ciò è certamente dipeso dalla condizione di «soprannumerarietà» della ricorrente presso la sede pescarese, sicché — come si rileva espressamente in parte motiva — «ella era pertanto esposta al rischio di eventuali provvedimenti di trasferimento disposti in futuro, certamente più probabili nei confronti dei dirigenti in esubero». Questa è la ragione di incertezza che spinge il collegio a riconoscere il diritto alla «stabilizzazione» nella sede, facendo valere come criterio preferenziale la condizione soggettiva ex art. 33, 5° comma l. n. 104. Il che però rinvia, ancor più a monte, al momento in cui il trasferimento è stato disposto, dato il principio, costantemente affermato, per il quale condizione necessaria per fruire del beneficio è l'esistenza di vacanza in organico presso l'amministrazione di destinazione, presupposto che rende di per sé possibile che il trasferimento divenga poi definitivo (sul punto della legittimità costituzionale della disposizione di legge in esame, nella misura in cui per l'appunto determina la definitività del trasferimento, la Corte costituzionale ha invero evitato di pronunziarsi: nel dichiarare la questione manifestamente infondata, ha demandato esplicitamente al giudice di merito il compito di interpretare la norma in termini da non ledere interessi costituzionalmente rilevanti: cfr. Corte cost., ord. 11 dicembre 1997, n. 396, *Forò it.*, 1998, I, 708, con nota di richiami).

IV. - In giurisprudenza, nel senso che il dipendente vanta un interesse legittimo al trasferimento presso la sede viciniora nei limiti delle vacanze in organico, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 dicembre 2007, n. 6813, *id.*, Rep. 2008, voce *Invalidi civili e di guerra*, n. 42; inoltre, la sussistenza della disponibilità è stata considerata condizione necessaria ma non sufficiente, richiedendosi che l'amministrazione assuma l'ulteriore determinazione organizzativa di coprire il vuoto in organico: cfr. Cass. 25 gennaio 2006, n. 1396, *id.*, 2007, I, 915; Cons. giust. amm. sic. 22 settembre 1999, n. 390, *id.*, Rep. 1999, voce *Impiegato dello Stato*, n. 403.

Più di recente, tuttavia, la Corte di cassazione ha parzialmente mutato orientamento, configurando un diritto soggettivo condizionato all'esistenza di un posto in organico, salvo che sia provata dal datore di lavoro (privato o pubblico) l'esistenza di un interesse organizzativo di segno contrario o un danno per la collettività derivante dall'assegnazione delle sedi: cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7945, *id.*, 2008, I, 2152; nel senso che si tratta di diritto unicamente condizionato all'esistenza di un posto vacante, v. Prèt. Roma 20 maggio 1999, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 399.

V. - Di recente, sui presupposti che consentono il trasferimento per finalità assistenziale, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8530, in questo fascicolo, III, 80, con nota di richiami, anche alle importanti novità introdotte, in argomento, dalla recente l. n. 183 del 2010 (c.d. collegato lavoro). [G. RICCI]

**CONSIGLIO DI STATO**; sezione I; parere 27 dicembre 2010, n. 5679/10; Pres. VOLPE, Est. MONTEDORO; Autorità garante della concorrenza e del mercato.

**Avvocato — Consiglio nazionale forense — Provvedimenti disciplinari — Natura giurisdizionale (R.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, ordinamento della professione di avvocato, art. 54, 56; l. 22 gennaio 1934 n. 36, conversione in legge, con modificazioni, del r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578).**

**Concorrenza (disciplina della) — Ordini degli avvocati — Procedimenti disciplinari — Intesa restrittiva della concorrenza — Apprezzamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Trattato Fuc, art. 101; r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, art. 38; l. 22 gennaio 1934 n. 36).**

*I provvedimenti resi dal Consiglio nazionale forense in sede disciplinare hanno natura giurisdizionale, non contraddetta dall'esigenza di assicurare alla Corte di cassazione pieno accesso al fatto nel sindacato sui ricorsi aventi ad oggetto tali deliberazioni. (1)*

*Ancorché, a fronte dell'esercizio di funzioni pubbliche giurisdizionali da parte degli ordini degli avvocati nei procedimenti disciplinari, debba, in linea di massima, escludersi l'applicabilità del diritto della concorrenza, è rimesso all'apprerimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato verificare in concreto se, in singoli casi, stante la possibilità di qualificare gli ordini come associazioni di imprese, si sia verificato un accordo anticoncorrenziale poi tradottosi anche in forma di uno o più provvedimenti disciplinari. (2)*

*Premesso.* — L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha chiesto al Consiglio di Stato in sede consultiva di esprimersi in merito a due questioni:

— se le funzioni svolte dal Consiglio nazionale forense (Cnf) in sede disciplinare siano o meno di natura giurisdizionale;

— se, da un punto di vista soggettivo, sia legittimo l'intervento dell'autorità, ai sensi dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), nei confronti delle deliberazioni del Cnf che producono nel mercato dei servizi professionali effetti lesivi della concorrenza.

La questione si origina da un procedimento avviato, ai sensi dell'art. 14 l. n. 287 del 1990, nei confronti dell'ordine degli avvocati di Brescia per presunta violazione dell'art. 2 l. n. 287 del 1990, in relazione ad un provvedimento disciplinare con il quale, in data 16 marzo 2009, il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Brescia ha comminato a due avvocati la sanzione della censura per aver posto in essere condotte contrarie al codice deontologico forense, con particolare riferimento all'art. 19 stesso codice ossia alla violazione del divieto di accaparramento della clientela.

Si tratta dell'iniziativa nota come Assistenza legale per tutti, connotata dallo svolgimento dell'attività professionale in uno studio posto sulla pubblica via, caratterizzato dalla presenza di un'insegna e di una vetrina, dal contatto immediato con l'avvocato, dall'assenza di necessità di previa fissazione di un appuntamento, dalla mancanza del filtro di una segreteria, dalla prestazione di una prima consulenza gratuita.

Con il provvedimento disciplinare il consiglio di Brescia, pur ritenendo immune da censure l'attività professionale con modalità o in ambienti diversi da quelli tradizionalmente utilizzati a tale scopo e pur riconoscendo la legittimità della determinazione di un compenso inferiore ai minimi tariffari, ha ritenuto che la sigla Alt - Assistenza legale per tutti e lo slogan «Prima consulenza gratuita» costituiscono fattispecie di pubblicità, rispettivamente aggressiva ed ingannevole, tali da soddisfare i requisiti oggettivi dell'art. 19 del codice deontologico forense.

A seguito dell'appello degli avvocati interessati, la delibera dell'ordine di Brescia è stata confermata dal Consiglio nazionale forense, con la decisione n. 183 del 21 dicembre 2009.

Il procedimento avviato presso l'autorità è relativo all'eventuale portata anticoncorrenziale dei provvedimenti disciplinari aventi l'effetto di impedire agli avvocati interessati di utilizzare le leve concorrenziali della pubblicità e della rinuncia al primo compenso.

L'autorità si chiede se le sia possibile intervenire ai sensi dell'art. 101 Tfue (già art. 81 del trattato della Comunità europea) nei confronti della decisione adottata dal Cnf.

La giurisprudenza della Corte suprema di cassazione e della Corte costituzionale sono concordi nel ritenere la natura giurisdizionale delle pronunce del Cnf.

La giurisprudenza comunitaria (nella specie viene in rilievo Corte giust. 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, in *Foro it.*, 2006, IV, 553) ha ritenuto, per il Consiglio dell'ordine degli avvocati del Lussemburgo, che non sia possibile desumerne la natura giurisdizionale per difetto del requisito dell'indipendenza.

Rileva anche la qualificazione degli avvocati, ai sensi del diritto antitrust, come imprese.

Con la conseguenza che i consigli locali dell'ordine degli avvocati ed il Consiglio nazionale forense, in quanto enti rappresentativi, rispettivamente a livello territoriale e nazionale, di soggetti che offrono sul mercato i propri servizi professionali, configurano associazioni di imprese, ai sensi delle regole antitrust, per cui le loro decisioni sarebbero suscettibili di essere qualificate come intese ai sensi dell'art. 101 Tfue.

Sul punto sono stati acquisiti gli avvisi della presidenza del consiglio dei ministri - dipartimento per gli affari giuridici e legislativi e del ministero della giustizia, ufficio legislativo.

La presidenza del consiglio dei ministri ha ritenuto che il Cnf abbia natura giurisdizionale e che, pertanto, risulti precluso ogni intervento od iniziativa ai sensi dell'art. 101 Tfue.

Il ministero della giustizia ha ritenuto che non sussista in alcun modo tale preclusione anche in forza della primazia del diritto comunitario.

*Considerato.* — In primo luogo va affrontata la questione relativa alla natura del procedimento innanzi ai consigli dell'ordine locali ed al Cnf per l'irrogazione di sanzioni disciplinari agli avvocati.

Si trae argomento, per negare, contro la giurisprudenza nazionale, la natura giurisdizionale del procedimento sanzionatorio, da Corte giust. 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, cit., sentenza che, in verità, non concerne la materia disciplinare ma la diversa questione del ricorso avverso il diniego o la revoca di iscrizione all'albo proposta ai sensi della direttiva del parlamento europeo e del consiglio 16 febbraio 1998 n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (G.U. L 77, pag. 36).

In tal senso la specifica disposizione di cui all'art. 9 della direttiva 98/5, rubricato «motivazione e ricorso giurisdizionale», dispone quanto segue:

«Le decisioni con cui viene negata o revocata l'iscrizione di cui all'art. 3 e le decisioni che infliggono sanzioni disciplinari devono essere motivate.

Tali decisioni sono soggette a ricorso giurisdizionale di diritto interno».

In sostanza, nel caso di specie, è il diritto comunitario che richiede uno specifico ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti dei consigli dell'ordine nel quadro delle misure volte a dare effettività ai diritti derivanti dalla direttiva 98/5/Ce.

Il giudice del rinvio chiedeva alla corte, in sostanza, di interpretare la nozione di ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'art. 9 della direttiva 98/5 con riferimento ad una procedura di ricorso come quella prevista dalla normativa lussemburghese.

Convieni a questo punto riportare i passaggi argomentativi della pronuncia del giudice comunitario (punti 44-61 della sentenza):

«44. - In proposito, occorre ricordare che l'art. 9 della direttiva 98/5 stabilisce che le decisioni dell'autorità competente dello Stato membro ospitante che respingono l'iscrizione di un avvocato che desidera esercitarvi le sue attività con il suo titolo professionale d'origine devono essere soggette a ricorso giurisdizionale di diritto interno.

45. - Da tale disposizione si evince che gli Stati membri sono tenuti ad adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per raggiungere lo scopo della direttiva 98/5 e a garantire che i diritti in tal modo attribuiti possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati dinanzi ai giudici nazionali (v., per analogia, sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, punto 17).

46. - Come sottolineato dal governo francese e dalla commissione, il controllo giurisdizionale imposto dalla detta disposizione è espressione di un principio generale del diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è inoltre sancito agli art. 6 e 13 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v., in particolare, sentenze *Johnston*, cit., punto 18; 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens e a.*, punto 14, *id.*, Rep. 1988, voce *Comunità europee*, n. 252; 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione/Austria*, punto 45, *id.*, Rep. 2002, voce *Unione europea*, n. 2007, e 25 luglio 2002, causa C-459/99, *MRAX*, punto 101, *ibid.*, n. 1267).

47. - Ai fini dell'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti previsti dalla direttiva 98/5, l'organo chiamato a decidere i ricorsi contro le decisioni di diniego dell'iscrizione di cui all'art. 3 di tale direttiva deve corrispondere alla nozione di giudice come definita dal diritto comunitario.

48. - La detta nozione è stata definita, nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di giudice nazionale

ai sensi dell'art. 234 Ce, enunciando una serie di requisiti che l'organo in questione deve presentare, quali la sua origine legale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche (v., in questo senso, tra le altre, sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Göbbels*, *id.*, Rep. 1967, voce *Comunità europee*, n. 95, e 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 23, *id.*, 1997, IV, 361) nonché l'indipendenza e l'imparzialità (v., in questo senso, tra le altre, sentenze 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, punto 7, *id.*, Rep. 1987, voce cit., nn. 183, 190; 21 aprile 1988, causa 338/85, *Pardini*, punto 9, *id.*, Rep. 1989, voce cit., n. 347, e 29 novembre 2001, causa C-17/00, *De Coster*, punto 17, *id.*, Rep. 2002, voce *Unione europea*, n. 1281).

49. - La nozione di indipendenza, intrinseca alla funzione giurisdizionale, implica innanzi tutto che l'organo interessato si trovi in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso (v., in questo senso, in particolare, sentenza 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, punto 15, *id.*, Rep. 1994, voce cit., n. 523, e 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, punto 36, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 1136).

50. - Essa presenta inoltre due aspetti.

51. - Il primo aspetto, avente carattere esterno, presuppone che l'organo sia tutelato da pressioni o da interventi dall'esterno idonei a mettere a repentaglio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri per quanto riguarda le controversie loro sottoposte (v., in questo senso, sentenze 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, punto 21, *id.*, 1999, IV, 121, e 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*, punto 36, *id.*, 2000, IV, 361; v. anche, nello stesso senso, Corte eur. diritti dell'uomo, sentenza *Campbell e Fell c. Regno unito* del 28 giugno 1984, § 78; *id.*, Rep. 1986, voce *Diritti politici e civili*, nn. 17, 23). Tale indispensabile libertà da siffatti elementi esterni richiede talune garanzie idonee a tutelare la persona che svolge la funzione giurisdizionale, come, ad esempio, l'inamovibilità (v., in questo senso, sentenza 22 ottobre 1998, cause riunite C-9/97 e C-118/97, *Jokela e Pitkäranta*, punto 20, *id.*, Rep. 1999, voce *Unione europea*, nn. 864, 1355).

52. - Il secondo aspetto, avente carattere interno, si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività (v., in questo senso, sentenza *Abrahamsson e Anderson*, cit., punto 32) e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica.

53. - Tali garanzie di indipendenza e di imparzialità implicano l'esistenza di disposizioni, relative, in particolare, alla composizione dell'organo e alla nomina, durata delle funzioni, cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità del detto organo rispetto a elementi esterni ed alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (v., al riguardo, citate sentenze *Dorsch Consult*, punto 36; *Köllensperger e Atzwanger*, punti 20-23, nonché *De Coster*, punti 18-21; v. anche, in questo senso, Corte eur. diritti dell'uomo, sentenza *De Cubber c. Belgio* del 26 ottobre 1984, § 24, *id.*, Rep. 1986, voce *Diritti politici e civili*, n. 25).

54. - Nel caso di specie, la composizione del Conseil disciplinaire et administratif, come stabilita dall'art. 24 l. 10 agosto 1991, è caratterizzata dall'esclusiva presenza di avvocati di nazionalità lussemburghese, iscritti nell'elenco I dell'albo degli avvocati — ossia l'elenco degli avvocati che esercitano con il titolo professionale lussemburghese e che hanno superato l'esame di fine tirocinio — eletti dalle rispettive assemblee generali dell'ordine degli avvocati di Lussemburgo e di quello di Diekirch.

55. - Per quanto riguarda il Conseil disciplinaire et administratif d'appel, la modifica apportata all'art. 28, n. 2, l. 10 agosto 1991 dall'art. 14 l. 13 novembre 2002 attribuisce peso preponderante ai membri aggiunti, che devono essere iscritti nel medesimo elenco e sono presentati dal consiglio di ciascuno degli ordini di cui al punto precedente di questa sentenza, rispetto ai magistrati di professione.

56. - Come rilevato dall'avvocato generale al par. 47 delle conclusioni, le decisioni di diniego dell'iscrizione di un avvocato europeo adottate dal conseil de l'ordre — i cui membri, a

norma dell'art. 16 l. 10 agosto 1991, sono avvocati iscritti nell'elenco I dell'albo degli avvocati — in primo grado sono soggette al controllo di un organo composto esclusivamente di avvocati iscritti nello stesso elenco e, in appello, di un organo prevalentemente composto di tali avvocati.

57. - Pertanto, in tali condizioni, un avvocato europeo cui il conseil de l'ordre abbia negato l'iscrizione nell'elenco IV dell'albo degli avvocati ha dei motivi legittimi di temere che, a seconda dei casi, la totalità o la maggior parte dei membri di tali organi abbiano un comune interesse contrario al suo, ossia quello di confermare una decisione che esclude dal mercato un concorrente che ha acquisito la sua qualifica professionale in un altro Stato membro, nonché di paventare il venir meno dell'equidistanza dagli interessi in causa (v., in questo senso, Corte eur. diritti dell'uomo, sentenza *Langborger c. Svezia* del 22 giugno 1989, § 35).

58. - Le disposizioni che disciplinano la composizione di organi come quelle in esame nella causa principale non risultano quindi idonee a fornire un'adeguata garanzia di imparzialità.

59. - Contrariamente a quanto afferma l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, i timori suscitati da tali norme in materia di composizione non possono essere fugati dalla possibilità di esperire un ricorso in Cassazione, prevista dall'art. 29, n. 1, l. 10 agosto 1991, avverso le sentenze del Conseil disciplinaire et administratif d'appel.

60. - L'art. 9 della direttiva 98/5, infatti, pur non escludendo la previa presentazione di un ricorso dinanzi ad un organo non giurisdizionale, non prevede però che l'interessato possa esperire il rimedio giurisdizionale solo dopo l'eventuale esaurimento di rimedi di altra natura. In ogni caso, quando un ricorso dinanzi ad un organo non giurisdizionale è previsto dalla normativa nazionale, il detto art. 9 richiede un accesso effettivo ed entro un termine ragionevole (v., per analogia, sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl-Maatschappij e a./Commissione*, punti 180-205 e 223-234, *id.*, Rep. 2003, voce *Unione europea*, nn. 830, 832, 834, 892, 895, 899, 901, 974, 978, 1152, 1216, 1218, 1221, 1224) ad un giudice ai sensi del diritto comunitario, competente a pronunciarsi sia in fatto che in diritto.

61. - Ebbene, a prescindere dalla questione della compatibilità del previo passaggio per due organi non giurisdizionali con il requisito del termine ragionevole, la competenza della Cour de cassation del Granducato di Lussemburgo è limitata alle questioni di diritto, per cui essa non dispone di una piena giurisdizione (v., in questo senso, Corte eur. diritti dell'uomo, sentenza *Incal c. Turchia* del 9 giugno 1998, § 72).

Rileva il consiglio che la questione posta all'esame con il quesito proposto dall'autorità antitrust è diversa in quanto, nella specie, non v'è una precisa disposizione comunitaria, come l'art. 9 della direttiva 98/5, a legittimare il test di «indipendenza» comunitaria dell'organo giurisdizionale interno ai fini della garanzia dell'effettività di un preciso diritto comunitario (ossia il diritto di iscrizione all'albo dell'avvocato comunitario), rilevando quindi, ai sensi della qualificazione dell'organo come giurisdizionale, prioritariamente le norme di diritto interno e, solo secondariamente, dovendosi affrontare il tema del riflesso della qualificazione dell'avvocato come imprenditore (*rectius*: impresa) ai sensi del diritto antitrust.

In relazione a tale ultima questione giova ricordare quanto di recente statuito dalla Corte di giustizia Ce che ha ritenuto che, non esercitando un'attività economica, l'ordine degli avvocati non è un'impresa ai sensi dell'art. 86 del trattato (divenuto art. 82 Ce). Esso non può essere qualificato neanche come gruppo di imprese ai sensi della detta disposizione in quanto gli avvocati iscritti all'albo in uno Stato membro non sono sufficientemente collegati tra loro per adottare sul mercato una stessa linea d'azione che porti a sopprimere i rapporti concorrenziali tra loro. La professione di avvocato è infatti poco concentrata, molto eterogenea e caratterizzata da una grande concorrenza interna. In mancanza di vincoli strutturali sufficienti tra loro, gli avvocati non possono essere considerati detentori di una posizione dominante collettiva ai sensi dell'art. 86 del trattato (Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *id.*, 2002, IV, 186).

Secondo la giurisprudenza della corte del Lussemburgo, un'attività che, per la sua natura, per le norme alle quali è sog-

getta e per il suo oggetto, esuli dalla sfera degli scambi economici (v., in questo senso, sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, punti 18 e 19, *id.*, 1994, IV, 113, riguardante la gestione del servizio pubblico della previdenza sociale) o si ricollegli all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri (v., in tal senso, sentenze 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, punto 30, *ibid.*, 297, concernente il controllo e la polizia dello spazio aereo, e 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali & figli*, punti 22 e 23, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 906, concernente la sorveglianza antinquinamento dell'ambiente marittimo) sfugge all'applicazione delle regole di concorrenza del trattato.

Esaminando un regolamento sulla collaborazione fra avvocati ed altri professionisti adottato dall'ordine olandese degli avvocati la corte ha ritenuto che, quando emana un regolamento come la *Samenwerkingsverordening* 1993, un'organizzazione professionale quale l'ordine olandese degli avvocati non esercita né una missione sociale fondata sul principio di solidarietà, contrariamente a taluni enti di previdenza sociale (v. citata sentenza *Poucet e Pistre*, punto 18), né prerogative tipiche dei pubblici poteri (v. citata sentenza *SAT Fluggesellschaft*, punto 30). Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce per il resto un'attività economica.

Al riguardo, il fatto che il consiglio generale sia altresì incaricato dall'art. 26 dell'*Advocatenwet* di tutelare i diritti e gli interessi degli avvocati in quanto tali, non è atto ad escludere a priori tale organizzazione professionale dall'ambito di applicazione dell'art. 85 del trattato anche quando essa svolge la sua funzione di regolamentazione dell'esercizio della professione di avvocato (v., in questo senso, a proposito dei medici, sentenza 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, punto 86, *id.*, 2002, IV, 244).

Quindi l'ordine professionale non è in sé un'impresa, né un gruppo di imprese, ma può essere considerato, secondo la giurisprudenza comunitaria, alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi del diritto antitrust quando adotta un regolamento (ossia un atto avente effetti e portata generali).

Tornando all'esame della questione relativa agli aspetti deontologici della professione forense, essi sono stati considerati tradizionalmente, nel nostro ordinamento, in analogia ad altri ordinamenti europei, devoluti alla giurisdizione degli ordini professionali, ritenuti, sul punto, connotati da attribuzione di pubblici poteri.

In proposito giova ricordare l'insegnamento della Corte costituzionale secondo la quale l'indipendenza del giudice consiste nell'autonomia potestà decisionale, non condizionata da interferenze dirette ovvero indirette provenienti dall'autorità di governo o da qualsiasi altro soggetto. Essa concerne non solo l'ordine giudiziario nel suo complesso (art. 104 Cost.) ma anche i singoli organi, ordinari (art. 107) e speciali (art. 108), al fine di assicurare che l'attività giurisdizionale, nelle varie articolazioni, come la sua intrinseca essenza esige, sia esercitata senza inammissibili influenze esterne.

Anche se concettualmente distinta, l'indipendenza ha ricorrenti e stretti legami con l'imparzialità, ed anzi i due termini vengono talvolta promiscuamente usati, quasi che esprimano la medesima nozione giuridica: ma è da notare che non sempre il difetto di imparzialità consegue alla mancanza di indipendenza, potendo avere relazione causale con alcune situazioni, che stanno a base degli istituti dell'astensione e della ricsuzione, diretti ad assicurare l'imparzialità del giudice, senza che di norma venga in discussione il requisito dell'indipendenza.

Sul requisito dell'indipendenza non può — secondo la Corte costituzionale che ha valutato le attribuzioni di natura giurisdizionale dell'ordine dei geometri — influire la circostanza che i componenti del consiglio siano appartenenti all'ordine di professionisti nei confronti dei quali lo stesso organo deve esercitare le sue funzioni. Il tratto caratteristico della c.d. giurisdizione professionale è dato anzi da una vasta partecipazione (che numericamente può assumere diverse varianti) dei soggetti appartenenti alla categoria interessata. Partecipazione tradizionalmente giustificata dalla specifica idoneità riconosciuta ai medesimi professionisti nella materia disciplinare, attinente in sostanza alle regole di deontologia professionale (Corte cost. 23 dicembre 1986, n. 284, *id.*, 1988, I, 3563).

La deontologia professionale è un aspetto dell'attività professionale, relativo alla specifica definizione dei doveri del profes-

sionista integrativi dei doveri prefissati dalla legge, che pur avendo portata ed interesse generale, essendo attinente alla correttezza e rispondenza della prestazione professionale a regole specifiche della categoria e del sapere da essa esercitato, è oggetto primariamente di autoregolazione, a tutela dell'autonomia delle professioni liberali (che può considerarsi un valore nell'ambito della tradizione costituzionale comune all'Unione europea costituendo l'autoregolazione e l'autodichia, rispettivamente, uno schema tipico di raccordo fra fonte statale e fonte normativa autonoma posta dall'ente dotato di autonomia ricorrente nell'ambito di molti ordinamenti statali ed una modalità tipica di accertamento della regola deontologica posta in autoregolazione).

È interessante rilevare come nel nostro ordinamento costituzionale esista un istituto intrinsecamente affine, giacché il Consiglio superiore della magistratura, composto per due terzi da magistrati, provvede attraverso la sua sezione disciplinare (organo a cui la corte ha riconosciuto natura giurisdizionale con la sent. 12/71, *id.*, 1971, I, 536), all'irrogazione delle sanzioni disciplinari ai magistrati (art. 105 Cost.): da tale previsione normativa consegue infatti un ulteriore, sicuro elemento per dedurre come l'appartenenza alla medesima categoria professionale non basti a pregiudicare l'indipendenza del giudice, in materia disciplinare.

Quanto poi alla decisione della Corte di giustizia Ce 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, cit., va rilevato che da essa deriva un preciso vincolo interpretativo, che impone una rimeditazione dell'orientamento di cui alla sentenza della Corte di cassazione (Cass. 10 febbraio 1998, n. 1342, *id.*, Rep. 1998, voce *Avvocato*, nn. 90, 95) che, limitando l'eccesso di potere all'eccesso di potere giurisdizionale, di fatto preclude la deduzione di vizi di omessa od erronea valutazione di fatto.

La giurisprudenza comunitaria impone, sull'accesso al fatto da parte della Cassazione nel sindacato sui ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti del Consiglio nazionale forense, di rimediare l'insegnamento tradizionale nel senso che tale accesso al fatto non possa ormai essere negato (quantomeno nella forma dello scrutinio per eccesso di potere nel travisamento dei fatti o altra analoga).

Ciò appare consentito — letteralmente — dall'art. 56, 3° comma, r.d.l. n. 1578 del 1923 secondo il quale «gli interessati ed il pubblico ministero possono proporre ricorso avverso le decisioni del Consiglio nazionale forense alle sezioni unite della Corte di cassazione, entro trenta giorni dalla notificazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge».

Ma la questione della necessità di imporre — per vincolo comunitario — accesso al fatto non impinge necessariamente sulla natura giurisdizionale del provvedimento del Consiglio nazionale forense, essendo risolvibile per via interpretativa, mantenendo ferma la natura giurisdizionale dei procedimenti relativi e proprio per questo ammettendo un più ampio accesso al fatto, come richiesto dalla corte di Lussemburgo.

La risposta al quesito posto dall'autorità antitrust in ordine alla natura dei provvedimenti del Cnf è che essa sia, allo stato, giurisdizionale, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza nazionale che può essere compatibilizzato con quello comunitario assicurando nel ricorso per cassazione avverso le deliberazioni del Consiglio nazionale forense pieno accesso al fatto.

Quanto all'applicabilità del diritto della concorrenza, essa deve, in linea di massima, escludersi, a fronte dell'esercizio di funzioni pubbliche giurisdizionali da parte dell'ordine, che, nei procedimenti disciplinari valuta casi concreti e non pone atti aventi effetti generali sui mercati, valutabili alla stregua di intese restrittive della concorrenza, essendo rimesso comunque all'apprezzamento dell'autorità dotata di generale competenza ai sensi dell'art. 101 Tfué di verificare in concreto se, in singoli casi, stante la possibilità di qualificare gli ordini come associazioni di imprese, si sia verificato un accordo anticoncorrenziale poi tradottosi anche in forma di uno o più provvedimenti disciplinari (giammai rilevando il provvedimento disciplinare di per sé come intesa o pratica concordata).

(1-2) Il parere è stato richiesto nell'ambito dell'istruttoria avviata (con provvedimento 18 giugno 2009, n. 19966, *Foro it.*, *Le banche da-*

ti, archivio *Merito ed extra*, 2009.615.1), nei confronti del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Brescia, in quanto associazione di imprese, onde verificare la sussistenza di un illecito antitrust nella decisione che aveva inflitto sanzioni disciplinari a due avvocati, con il rischio di condizionare il loro comportamento sul mercato della prestazione dei servizi di assistenza legale. Nel frattempo, il provvedimento affittivo veniva confermato dal Consiglio nazionale forense con decisione del 21 dicembre 2009, che veniva impugnata da entrambi i soccombenti dinanzi alle sezioni unite. La Suprema corte accoglieva il ricorso di uno dei professionisti, sotto il profilo della competenza territoriale, mentre rigettava *in toto* le doglianze dell'altro (cfr. Cass. 18 novembre 2010, n. 23287, in questo fascicolo, I, 445, con nota di richiami e nota critica di G. SCARSELLI).

Nel corpo del parere vengono pedissequamente riprodotti ampi stralci della sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Wilson*: in quella circostanza, imperniata sull'interpretazione della direttiva 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, i giudici di Lussemburgo, occupandosi dei rimedi esperibili avverso il diniego di iscrizione, avevano manifestato avversione nei confronti di un procedimento congegnato in modo tale che il predetto provvedimento andasse contestato, in primo grado, dinanzi ad un organo composto esclusivamente di avvocati che esercitano con il titolo professionale dello Stato membro ospitante e, in appello, dinanzi ad un organo composto prevalentemente di siffatti avvocati, quando il ricorso dinanzi al giudice supremo di tale Stato membro consentiva un controllo giurisdizionale solo in diritto e non in fatto (cfr. Corte giust. 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Foro it.*, 2006, IV, 553, con nota di richiami di L. CARBONE; su tale pronuncia, concernente anche la padronanza delle lingue da parte del professionista, v. pure, E. CHITI, *Le conoscenze linguistiche dell'avvocato migrante*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 610; A. MORETTO, *Libertà di stabilimento degli avvocati ed accertamento preventivo delle conoscenze linguistiche dello Stato membro ospitante*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 623; A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, «pre-emption» e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi integrazione europea*, 2008, 147).

Il punto di vista dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul recepimento dei principi di concorrenza nei servizi professionali emerge dall'indagine conoscitiva riguardante il settore degli ordini professionali, la cui chiusura è stata deliberata con provvedimento 15 gennaio 2009, n. 19435, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*. Ulteriori spunti sono desumibili dalla segnalazione concernente il disegno di legge sulla riforma della professione forense, trasmessa dall'autorità in data 18 novembre 2009 (*ibid.*). La segnalazione ha suscitato la reazione del Consiglio nazionale forense, che ha formulato al riguardo osservazioni approvate nella seduta del 25 settembre 2009 (*ibid.*). Da ultimo, in data 23 novembre 2010, il senato ha approvato in prima lettura il disegno di legge recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense.

Per quanto riguarda i procedimenti disciplinari nei confronti degli avvocati, la giurisprudenza del Supremo collegio è incline a ritenere che la prima fase, svolta presso i consigli locali dell'ordine degli avvocati, abbia natura amministrativa (cfr. Cass. 5 ottobre 2007, n. 20843, *id.*, Rep. 2009, voce *Avvocato*, n. 127; 28 settembre 2007, n. 20360, *id.*, Rep. 2007, voce *cit.*, n. 167; nonché Corte cost., ord. 2 marzo 1990, n. 113, *id.*, 1990, I, 1765), mentre nella fase di gravame il Consiglio nazionale forense esercita funzioni giurisdizionali (cfr. Cass. 30 aprile 2008, n. 10875, *id.*, Rep. 2009, voce *cit.*, n. 137; 20 dicembre 2007, n. 26810, *id.*, 2009, I, 3167, con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*; annotata altresì da R. DANOVÌ, *Sulla giuridicità delle regole deontologiche*, in *Prev. forense*, 2008, 116; 31 luglio 2007, n. 16874, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *cit.*, n. 163; 7 dicembre 2006, n. 26182, *id.*, Rep. 2006, voce *cit.*, n. 152; 23 marzo 2005, n. 6213, *id.*, Rep. 2005, voce *cit.*, n. 172, annotata da G. COLAVITTI, *Pubblicità degli avvocati e principio di proporzionalità*, in *Rass. forense*, 2005, 1340). Sul punto, in chiave critica, v. G. SCARSELLI, *L'avvocato e il giusto processo disciplinare*, in *Foro it.*, 2009, I, 1548, dove si ricorda la «diffusa opinione secondo la quale il procedimento disciplinare ha natura amministrativa in primo grado, per poi trasformarsi in giurisdizionale nella sola successiva fase di gravame dinanzi al Consiglio nazionale forense», per poi contestarla aspramente (secondo l'autore, «non si comprendono proprio le ragioni di queste differenze, visto che i due organi fanno esattamente la stessa cosa, ovvero valutano se un iscritto ha tenuto o meno un comportamento deontologicamente scorretto, e visto che lo stesso legislatore trattò i due procedimenti in modo eguale»), in modo da estendere le garanzie processuali anche ai procedimenti disciplinari in prima istanza.

Sui benefici che potrebbero derivare, anche a livello globale, da una maggiore apertura dei mercati relativi alla fornitura di servizi legali, v. G.K. HADFIELD, *Producing Law for Innovation*, USC Legal Studies Research Paper, n. 10-21 (disponibile all'indirizzo <<http://ssrn.com/abstract=1707085>>), dove si evidenziano, tra l'altro, i vincoli all'innovazione determinati dall'adozione, da parte delle associazioni pro-

fessionali con l'avallo delle corti, di «severe restrictions on the organizational and financial structure of legal businesses».

\* \* \*

In tempi di forte disorientamento per l'antitrust di casa nostra (1), sembra che anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), primo custode dell'enforcement della disciplina antimonopolistica, abbia smarrito la propria identità. Al punto da chiedere lumi al Consiglio di Stato sull'applicabilità del divieto di intese restrittive della concorrenza, *sub specie* di decisioni di associazioni di imprese, a fronte di una peculiare epifania di tale figura. Senonché la risposta proveniente da palazzo Spada non serve a togliere le castagne dal fuoco, bensì suona come invito (neanche troppo velato) a fare il proprio mestiere, vagliando le singole fattispecie sospette e decidendo se rientrano, o no, nel campo dei comportamenti scorretti.

A ben vedere, il primo dei due quesiti in cui si articola la richiesta di parere riceve sì una risposta puntuale, che tuttavia — mentre potrebbe essere foriera di sviluppi significativi in altri ambiti, estranei all'antitrust — si rivela niente affatto risolutiva per orientare il timone dell'autorità verso un porto sicuro.

Come si è giunti a questa pagina a dir poco non esaltante? L'antefatto è rappresentato dall'innovativa formula escogitata da alcuni avvocati meneghini all'indomani del tentativo di iniettare una maggiore vivacità nel confronto competitivo tra i professionisti operanti nel mercato dei servizi di assistenza legale, ad opera del c.d. decreto Bersani e della susseguente revisione (imposta dal legislatore) del codice deontologico forense. L'iniziativa in questione, sfruttando i più ampi margini di manovra consentiti sul versante informativo e su quello tariffario, consisteva nell'utilizzare uffici con affaccio diretto sulla pubblica via, con l'insegna «Alt - Assistenza legale per tutti», sulle cui vetrine campeggiava la dicitura «Prima consulenza gratuita».

Un collega dei professionisti che avevano lanciato tale iniziativa inoltrava una segnalazione al locale consiglio dell'ordine degli avvocati. Di qui, in considerazione del fatto che uno dei due soggetti indicati come promotori ricopriva la carica di consigliere, gli atti trasmigravano a Brescia. In tale sede, gli ideatori della strategia promozionale venivano sottoposti a procedimento disciplinare che sfociava nell'irrogazione della sanzione della censura, che colpiva l'impiego dell'acronimo Alt (ritenuto suggestivo, potendo essere inteso come un'esortazione a fermarsi) e dei due citati slogan.

A questo punto, gli avvocati sanzionati si rivolgevano all'Agcm che, raccogliendo la loro sollecitazione, avviava un procedimento finalizzato a valutare se la decisione adottata dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Brescia, etichettabile come associazione di imprese alla luce della prassi e della giurisprudenza europea (2), integrasse gli estremi dell'intesa restrittiva della concorrenza (3). Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, i toni esibiti dall'Agcm non erano per nulla concilianti, né mostravano segni di titubanza. Si adombrava che, dietro il paravento formale della sanzione inflitta sulla base dell'indecorosità e scorrettezza della condotta, si volesse impedire al professionista di avvalersi «nello svolgimento della sua attività delle leve concorrenziali più importanti nel settore dei servizi professionali, quali la libera determinazione del compenso, lo strumento pubblicitario e il rapporto tra professionista e cliente», inducendo una «limitazione alla libertà di iniziativa economica priva dei requisiti di necessità». Sembrava, dunque, il preludio di uno scontro cruento con gli esponenti istituzionali dell'avvocatura, dopo una serie di scaramucce, combattute con le armi più soft delle segnalazioni e delle indagini conoscitive (4).

(1) Come testimonia la vicenda relativa alla concentrazione *Alitalia-AirOne*, su cui, v. Corte cost. 22 luglio 2010, n. 270, *Foro it.*, 2010, I, 2901, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza* (e v., anche, L. STECCHETTI-G. AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, 459).

(2) Cfr. Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, in *Foro it.*, 2002, IV, 186, con nota di S. BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia* (annotata altresì da A. BERLOTTI, *La Corte di giustizia si (ri)pronuncia sulle tariffe professionali: nuove riflessioni sul tema*, in *Giur. it.*, 2002, 769; B. NASCIBENE-S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Corriere giur.*, 2002, 602; M. GNES, *Le professioni intellettuali tra tutela nazionale e concorrenza*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 609; P. LAZZARA, *Concorrenza e codici deontologici nel diritto comunitario*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 312; P. MANZINI, *I parafornali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto «per sé»*, in *Giur. agr. it.*, 2003, II, 285; v., anche, V. VIGORITI, *Wouters, Arduino, Nova II, Tesco: professione legale e concorrenza*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2002, 805).

(3) Cfr. provv. 18 giugno 2009, n. 19966, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, 2009.615.1.

(4) A conclusione dell'indagine conoscitiva ad ampio raggio, riguardante il settore dei servizi professionali, avviata con provv. 18

Nel frattempo, il provvedimento disciplinare veniva impugnato senza fortuna dinanzi al Consiglio nazionale forense, che escludeva la vocazione puramente informativa dei messaggi promozionali diffusi (5). A questo punto, sul versante disciplinare non restava che esperire la strada del ricorso in Cassazione ex art. 56 r.d.l. 1578/33. Il verdetto delle sezioni unite, cui tali affari sono devoluti in virtù della disposizione testé menzionata, era favorevole — per ragioni procedurali — all'avvocato non consigliere, mentre rendeva inoppugnabile la sanzione comminata all'altro protagonista della vicenda (6). Per quanto riguarda il primo, si è statuito che la competenza a giudicarlo in relazione all'episodio incriminato appartiene esclusivamente al Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano, non operando alcuna deroga per ragioni di connessione. Relativamente alla posizione del secondo, il Supremo collegio, al fine di escludere la sussistenza di una violazione di legge nella decisione contestata, ha affermato che l'organo professionale precedente ben poteva desumere l'illecito disciplinare dalle modalità e dal contenuto della pubblicità, nonché dagli strumenti usati per acquisire la clientela.

Tali sviluppi hanno avuto un'incidenza indiretta sul procedimento antitrust, se non altro dilandandone i tempi. La *deadline*, originariamente fissata per il 30 giugno 2010, per effetto di due proroghe (7), è stata posticipata di un anno. Ad ogni modo, proprio l'entrata in scena del Consiglio nazionale forense che, quando esercita il potere disciplinare, secondo l'opinione corrente sarebbe investito del ruolo di giudice speciale (8), sembra aver incrinato le certezze dell'Agcm, inducendola ad una maggiore cautela e a bussare alle porte del Consiglio di Stato. In effetti, la prima questione su cui il Consiglio di Stato è chiamato ad esprimersi concerne la natura delle funzioni svolte dal Consiglio nazionale forense in sede disciplinare. Questione che, naturalmente non ha risvolti soltanto sul piano della concorrenza, che invero viene intaccato nella misura in cui il dubbio ermeneutico prelude all'esplicitazione del secondo, più scabroso, interrogativo, riguardante l'ammissibilità di un intervento dell'autorità, ai sensi dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei confronti delle deliberazioni del Consiglio nazionale forense suscettibili di menomare la concorrenza nel mercato dei servizi professionali.

Senonché, la risposta a questo interrogativo è già stata data, con fare risoluto, nel caso *CIF* (9), che rappresenta, anzi, una fra le tappe più significative (ad iniziativa della stessa Agcm) nel radicamento del diritto europeo della concorrenza. Ma, in una sorta di ansia da *cupio dissolvi*, l'autorità rimuove le conquiste di ieri e delega abdicativamente ai giudici amministrativi il compito ermeneutico che dovrebbe innervare la sua attività. Per sentirsi rispondere — con argomentazione a tutto concedere metonimica ma, per certo, involontariamente sarcastica — che la materia è rimessa al suo apprezzamento...

A. PALMIERI

gennaio 2007, n. 16369, *Bollettino*, 2007, fasc. 2, e terminata con provv. 15 gennaio 2009, n. 19435, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, l'Agcm auspicava che i diversi ordini e collegi rimuovessero o modificassero una serie di disposizioni deontologiche «considerate ingiustificatamente restrittive della concorrenza tra professionisti».

(5) La decisione di rigetto dei ricorsi proposti è stata adottata in data 10 dicembre 2009.

(6) Cfr. Cass. 18 novembre 2010, n. 23287, in questo fascicolo, I, 445.

(7) La prima proroga è stata disposta con provv. 19 maggio 2010, n. 21125, *Bollettino*, 2010, fasc. 20; la seconda è stata deliberata con provv. 24 novembre 2010, n. 21823, *ibid.*, fasc. 46, a seguito del deposito della pronuncia della Cassazione citata nella nota precedente.

(8) Cfr. Cass. 20 dicembre 2007, n. 26810, *Foro it.*, 2009, I, 3167.

(9) Corte giust. 9 settembre 2003, causa C/198-01, *Foro it.*, 2004, IV, 322, con nota di G. FAELLA, *Incompatibilità tra normativa interna e disciplina antitrust comunitaria: gli incerti equilibri della Corte di giustizia nel caso «Cif»* (v., altresì, in una letteratura di rimarchevole ampiezza, L.F. PACE, *Il caso «Cif»: tra principio di prevalenza del diritto comunitario e «creazione» di concorrenza* (nota a Tar Lazio, sez. I, 6 ottobre 2004, n. 10325), *id.*, 2005, III, 580).

CONSIGLIO DI STATO; sezione IV; sentenza 3 dicembre 2010, n. 8530; Pres. NUMERICO, Est. LODI; Min. economia e finanze - Comando generale della guardia di finanza (Avv. dello Stato FIDUCCIA) c. Salvo (Avv. SALETTA). *Annulla Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 485/04.*

**Impiegato dello Stato e pubblico in genere — Trasferimento di sede per fini assistenziali — Esclusione** (L. 5 febbraio 1992 n. 104, legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, art. 33).

*Va escluso il diritto al trasferimento ad altra sede per fini di assistenza a un familiare disabile, ex art. 33, 5° comma, l. n. 104 del 1992, del dipendente pubblico (nella specie, militare della guardia di finanza) che, in epoca anteriore alla richiesta, non svolgeva con continuità attività assistenziale a beneficio del familiare medesimo. (1)*

*Fatto e diritto.* — 1. - Con atto notificato il 16 novembre 2004, depositato il successivo 6 dicembre, il ministero dell'economia e delle finanze ha proposto appello avverso la sentenza del Tar Calabria, sezione di Reggio Calabria, 485/04, che aveva accolto il ricorso del militare della guardia di finanza Antonino Salvo inteso all'annullamento della determinazione del comando regionale Calabria in data 24 maggio 2003, relativa all'archiviazione della domanda di trasferimento in altra sede (Milazzo o Barcellona Pozzo di Gotto) presentata dal predetto militare il 15 aprile 2003 al fine di poter prestare assistenza ad uno zio — affetto da grave forma di deficienza mentale — del quale era stato nominato tutore con decreto 142/03 del giudice tutelare del Tribunale di Milazzo.

2. - Il primo giudice aveva ritenuto inadeguata la motivazione della contestata archiviazione, tesa ad escludere l'effettiva possibilità per l'istante di fornire un'assistenza continuativa, nonché a rilevare che gli impedimenti dichiarati da altri parenti non risultavano tali da impedire di occuparsi del soggetto inabile; da parte del detto giudice si era, quindi, ritenuto che per dare corretta applicazione all'art. 33 l. 5 febbraio 1992 n. 104, doveva considerarsi che la distanza di 100 km dal luogo di residenza del ricorrente e le sedi richieste rendeva possibile un «pendolarismo giornaliero» ai fini assistenziali e che, comunque, dall'atto impugnato non emergevano indicazioni circa i parenti in grado di prestare assistenza al posto del ricorrente stesso.

3. - Nell'atto di appello si contestano ampiamente tali statuizioni, facendo leva in particolare sulle disposizioni della citata l. 104/92 che consente i trasferimenti per fini assistenziali «ove possibile», subordinandoli quindi alla loro compatibilità con l'organizzazione dell'amministrazione di appartenenza, tenendo conto che la finalità specifica della norma è quella di tutelare le situazioni di assistenza esclusiva e continuativa già esistente ed in atto, mentre nel caso in esame tale situazione non è configurabile, atteso che l'interessato quando ha avuto la nomina a tutore era già in servizio presso il comando regionale Calabria, mentre, senza entrare nel merito delle situazioni personali degli altri parenti, l'amministrazione non poteva che prendere atto della presenza di altri soggetti oggettivamente non impossibilitati ad assolvere l'onere assistenziale.

4. - Si è costituito per resistere all'appello il militare interessato che deduce l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, sottolineando in particolare che la preesistenza alla domanda di trasferimento della nomina a tutore dimostrerebbe, nel contempo, la preesistenza dell'assistenza richiesta dalla legge.

5. - L'istanza cautelare presentata dall'amministrazione è stata accolta, con ordinanza 774/05 in data 15 febbraio 2005, sulla base della seguente motivazione: «Richiamati i precedenti resi in materia dalla sezione (cfr., per tutti, ord. 898/01, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Militare*, n. 21) in base ai quali, ai fini della concessione del beneficio richiesto, è necessario che l'assistenza da prestare al soggetto bisognoso sia già in atto e non ancora da instaurare».

6. - La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 26 ottobre 2010.

7. - La sezione ritiene che l'appello dell'amministrazione sia fondato emergendo chiaramente, dal provvedimento impugnato, ragioni ostative idonee a precludere la possibilità del trasferimento per le adottate finalità di assistenza a persona handicappata.