

**CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
DEL TRIBUNALE DI PESCARA**

Estratto del verbale emesso nella seduta del 13 gennaio 2022

12) RICHIESTA PARERE AVV.TI *(RELATORI CORCIONE E SALCE)

Iscritti all'Albo Speciale di un ufficio legale di una società a totale partecipazione pubblica hanno richiesto a questo COA pareri circa la legittimità a “...partecipare come commissari ad una procedura di gara aperta telematica avente ad oggetto l'appalto del servizio di lavoro temporaneo” e la legittimità ad “assumere la funzione di responsabile unico del procedimento in una selezione di personale da adibire a mansioni tecniche”.

Occorre premettere che l'iscrizione all'Albo Speciale degli Avvocati, nei limiti consentiti dall'art. 18 Legge 247/2012, presuppone il concorso di tre elementi imprescindibili:

- deve esistere, nell'ambito strutturale dell'ente, un ufficio legale che costituisca un'unità organica autonoma;
- colui che richiede l'iscrizione, in possesso del titolo abilitativo all'esercizio professionale, deve far parte dell'ufficio legale e deve avere incarichi relativi allo svolgimento di attività professionale, limitatamente alle cause ed agli affari propri dell'ente;
- la destinazione del dipendente/avvocato a svolgere l'attività professionale presso l'ufficio legale deve realizzarsi mediante il suo stabile inquadramento.

Costituiscono, poi, corollari di tali principi le circostanze costituite dalla sostanziale estraneità dell'Avvocato rispetto all'apparato amministrativo-burocratico dell'Ente in posizione di indipendenza e di autonomia, con esclusione di ogni attività di gestione allo scopo di evitare qualsiasi rischio di condizionamento nell'esercizio della sua attività professionale.

L'Avvocato degli enti pubblici, a differenza dell'Avvocatura dello Stato, non ha un ordinamento autonomo ma è soggetto all'ordinamento professionale forense con l'iscrizione ad un albo speciale e si muove all'interno di una eterna antinomia tra rapporto dipendente ed autonomia funzionale con un cliente esclusivo, l'ente pubblico di appartenenza.

Il comma 4 lett. b)- del RDL 1578/1933 ed oggi l'art. 23 della L. 247/2012 sono state inquadrate dalla giurisprudenza come eccezioni, di stretta applicazione, alla regola dell'incompatibilità dell'esercizio professionale da parte del pubblico dipendente.

Tale eccezione all'incompatibilità con impieghi retribuiti per gli avvocati degli uffici legali istituiti presso gli enti pubblici, è limitata alle cause ed agli affari propri dell'ente presso il quale prestano la propria opera.

In definitiva, la giurisprudenza si è trovata a disciplinare il c.d. conflitto tra autonomia e subordinazione dell'Avvocato dell'ente pubblico, e la ricaduta sull'attività svolta, normando il conflitto di interessi dell'Avvocato che si occupa di attività dell'amministrazione, soprattutto in relazione all'incompatibilità sancita dal RDL 1578/1933 e ribadita dall'art. 18 L.

247/2012, ma anche in riferimento ai principi del buon andamento della PA di cui all'art. 97 della Costituzione.

In particolare, la sentenza **Cassazione Sezioni Unite 19/8/2009, n. 18359**, ha affermato che *“In tema di incompatibilità tra l'attività amministrativa svolta dall'avvocato dipendente pubblico e l'iscrizione all'Albo speciale, il professionista può essere iscritto nell'elenco difensori addetti agli uffici legali di enti pubblici solo se si occupa di assistenza, rappresentanza e difesa dell'Ente, diversamente va cancellato dall'Albo (nella specie, la Corte ha respinto il ricorso avanzato da un avvocato dipendente del Comune, iscritto nell'elenco speciale dei professionisti addetti agli uffici legali di enti pubblici, avverso la decisione del Consiglio dell'Ordine di cancellarlo dall'Albo. Al professionista erano stati assegnati compiti dirigenziali di rilevante peso e importanza rispetto alle funzioni e competenze dell'Ente, sicché il coinvolgimento in queste unità organizzative, oltre a far venir meno il carattere dell'esclusività, determinava anche una situazione, sebbene potenziale, di conflitto d'interessi. (conf. Cass. Sez. Unite 14.3.2002 n. 37339).*

Il regime delle incompatibilità dell'esercizio della professione forense e lo status giuridico di autonomia dell'Avvocato addetto all'ufficio legale dell'ente pubblico sono stati ritenuti conformi a superiori interessi pubblici e come tali pienamente conformi agli art. 2, 3, 4, 33 e 35 della Costituzione (cfr. Cass. Sez. unite 11.11.1991 n. 12017 e Cass. Sez. unite 11.4.1981 n. 2119) nonché conforme al superiore principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., che l'Avvocato dell'Ente pubblico è chiamato a garantire (cfr. tra le altre Consiglio di Stato, sez. V, 14.2.2012 n. 730).

Inoltre, va segnalata la pronuncia di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 15/09/2010, n. 19547, la quale ha affermato che: *“L'art. 3, comma 4, lett. b, r.d. n. 1578 del 1933 va interpretato nel senso che l'iscrizione nell'albo speciale degli avvocati e procuratori legali dipendenti da enti pubblici richiede, quale presupposto imprescindibile, la “esclusività” dell'espletamento, da parte degli stessi, dell'attività di assistenza, rappresentanza e difesa dell'ente pubblico, presso il quale prestano la propria opera, nelle cause e negli affari dell'ente stesso. Tale esclusività deve essere accertata con riferimento ad una valutazione sostanziale della natura delle attività svolte dal dipendente e deve essere esclusa qualora accanto a compiti riconducibili alla attività di assistenza e rappresentanza e difesa dell'ente lo stesso svolga mansioni amministrative o, comunque di natura diversa. Nella specie è stata ritenuta corretta la cancellazione dall'albo speciale di un avvocato che svolgeva per un ente pubblico oltre alle attività di rappresentanza e difesa anche attività di natura gestionale”.*

Anche il Consiglio Nazionale Forense (CNF) si è occupato più volte della questione, in riferimento al RDL 1578/1933 sia sotto il profilo dell'incompatibilità, sancendo le condizioni dell'eccezione alle medesima, sia sotto il profilo deontologico-disciplinare. Sempre in linea con la richiamata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Sotto il primo profilo il CNF ha più volte affermato che: *“Al fine di poter invocare l'applicabilità della deroga al principio generale dell'incompatibilità, il pubblico dipendente deve provare che presso l'ente da cui dipende sia stato istituito un ufficio legale con la specifica ed esclusiva attribuzione della trattazione delle cause e affari legali dello stesso e che a tale ufficio egli sia adibito, occupandosi, in via esclusiva, delle cause ed affari dell'ente. Per uffici legali devono intendersi quelli dotati di una propria autonomia, cui sono affidati compiti di consulenza e assistenza, giudiziale e stragiudiziale, in controversie coinvolgenti gli enti di appartenenza, non rientrando, pertanto, in tale accezione le attività di “gestione”, quali, ad esempio, del personale e degli affari generali.”* Cons. Naz.le Forense, 29/05/2006, n. 37.

Ed infatti, *“In tema di verifica dei requisiti di iscrizione all'elenco speciale degli avvocati addetti ad enti, di cui all'art. 3, comma 4, lett. h), l.p., deve ritenersi che la sola circostanza di svolgere attività in senso ampio “legale” o “giuridica” non basti a far superare il principio di incompatibilità, specie qualora la medesima sia svolta al di fuori dell'ufficio specificamente istituito dall'ente per la trattazione delle proprie cause ed affari legali. Infatti, ai fini del rispetto dei requisiti di cui alla richiamata normativa, per uffici legali si intendono solo quelli che, staccati e autonomi rispetto ad altri uffici di gestione dell'attività dell'ente, svolgono esclusivamente funzioni di consulenza e assistenza giudiziale e stragiudiziale relativamente a questioni e controversie dell'ente pubblico cui l'ufficio appartiene, restando esclusa ogni altra attività, ancorché qualificabile come “legale”. Il pubblico dipendente, al fine di poter invocare l'applicabilità della deroga al principio generale dell'incompatibilità, deve provare che presso l'ente da cui dipende sia stato istituito un ufficio legale con la specifica ed esclusiva attribuzione della trattazione delle cause e affari legali dello stesso e che a tale ufficio egli sia adibito, occupandosi, in via esclusiva, delle cause ed affari dell'ente.* (Cons. Naz.le Forense, 29/05/2006, n. 36).

Sotto il secondo profilo, quello deontologico-disciplinare, il CNF, a causa dell'interpretazione *stricto sensu* della norma, considera tali professionisti una figura “anomala” con riguardo al pubblico impiego ma non rispetto all'Avvocatura, dato che la norma considera i legali degli enti pubblici Avvocati a tutti gli effetti, con la sola particolarità del “cliente unico” rappresentato dall'ente datore di lavoro.

Il CNF, quindi, in riferimento all'art. 3, RDL del '33, individuava nell'Avvocato dipendente una duplice veste:

- a) quella “strumentale” di pubblico dipendente con le attribuzioni e conseguenze del rapporto d'impiego;
- b) l'altra “essenziale” di avvocato, fornito di *jus postulandi*, anche se per un unico cliente.

Il CNF ha sempre ritenuto questo secondo tratto (essenzialità) prevalente sulla strumentalità, perché speciale nella sua rilevanza, rispetto a quello comune, generale dell'impiegato.

Le sentenze amministrative, di Cassazione, e le pronunce del CNF concordano quindi sulla imprescindibile necessità di garantire agli avvocati

non solo l'autonomia e l'indipendenza propria e dell'ufficio cui appartengono nell'espletamento della funzione tipicamente legale –sia essa di consulenza o di assistenza e rappresentanza dell'ente- ma anche l'estraneità dal resto della macchina amministrativa. Tali principi, indispensabili ai fini del mantenimento dell'iscrizione all'Elenco speciale annesso all'albo, erano sanciti dalla legge del 1933 e sono stati confermati dalla L. 247/2012. Stante la specialità di quest'ultima, in conformità ai principi sulla gerarchia delle fonti, una legge generale (quale può essere quella sul pubblico impiego o il testo unico sull'ordinamento degli enti locali) non può derogare una legge speciale (la L. 247/2012 legge professionale forense).

In merito alla compatibilità della nomina degli Avvocati dirigenti quali componenti delle commissioni giudicatrici di gare di appalto, Codesto Consiglio, in linea con quanto già ritenuto dal Consiglio Nazionale Forense che si è espresso più volte in subiecta materia (cfr. parere del 28 febbraio 2017), ritiene che *“l'art. 23 della L. 247/2012 è norma speciale in quanto deroga al regime delle incompatibilità tra pubblico impiego ed esercizio della professione di avvocato dalla stessa legge disciplinato. Detta norma prevale pertanto sulla legge di stabilità del 2016, con la conseguenza che il venir meno del requisito dell'esclusività non consente la permanenza del dipendente nell'elenco speciale annesso all'albo professionale degli avvocati”*. Nel caso di specie l'ANCI aveva rappresentato al CNF la propria interpretazione dell'art. 1, comma 221, della legge n. 208/2015. Tale disposizione prevede, tra l'altro, che ai dirigenti dell'avvocatura civica l'incarico dirigenziale possa essere attribuito senza vincolo di esclusività.

In questo quadro normativo, le due specifiche attività su cui viene chiesto il presente parere, ovvero l'assunzione di funzioni di commissario in procedura di gara aperta per un appalto di servizi e le funzioni di responsabile unico di procedimento finalizzato alla selezione di personale tecnico, sono estranee ai limiti delineati dalla Legge Professionale in quanto non possono considerarsi funzioni di consulenza e assistenza giudiziale e stragiudiziale.

Tali ruoli e tali funzioni evidentemente non potrebbero essere esercitati da un Avvocato dell'ente pubblico anche in ragione dei potenziali conflitti di interesse, laddove rispetto a quelle funzioni dovessero sorgere controversie, circostanza peraltro frequente, con tutte le interferenze che ciò può comportare rispetto all'attività propria dell'Avvocato.

In conclusione, l'esercizio attività amministrativa da parte dell'Avvocato addetto all'ufficio legale dell'ente lederebbe comunque l'autonomia e l'indipendenza del legale, determinando un conflitto di interessi, sia pur potenziale, tra l'attività dell'ufficio legale e quella amministrativa, e comporterebbe automaticamente l'incompatibilità dell'Avvocato con l'esercizio professionale e l'obbligo della sua cancellazione dall'Albo.

...OMISSIS...

Il Consigliere Segretario
F.to Avv. Daniela Terreri

Il Presidente
F.to Avv. Giovanni Di Bartolomeo