



Atto costitutivo per notaio Dobici Bertone del 6.10.71 rep. 718018.Cod.fisc.96111300586
Organismo sindacale rappresentativo di categoria. Riconoscimento del Min. Lavoro n.14399/88

1^a Commissione Affari Costituzionali
Senato della Repubblica

Atto del Governo n. 328–Schema di decreto legislativo recante disciplina della dirigenza della Repubblica.

**Osservazioni dell'Unione Nazionale Avvocati Enti Pubblici.
- AUDIZIONE DEL 29 SETTEMBRE 2016 -**

Nell'ottica del dialogo costruttivo e della necessaria collaborazione fra i vari attori delle Istituzioni - a vario titolo e con le relative responsabilità - coinvolte nei procedimenti legislativi, si desidera sottoporre a codesta Ecc.ma Commissione, le osservazioni della scrivente Associazione di categoria (*breviter* UNAEP), rappresentativa di circa 5.000 avvocati pubblici, dipendenti dalle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato.

GENERALITA'

La pubblica Avvocatura è composta oggi da avvocati “funzionari” (inquadri nel contratto delle aree), e avvocati “dirigenti” (inquadri nel contratto unico della dirigenza), cui è circoscritta l'odierna rassegna.

UNAEP già ebbe modo di osservare in sede di esame in Commissione Affari Costituzionali della Camera della legge delega, riprendendo le osservazioni del Relatore del testo normativo, On. Carbone, che *“La nostra amministrazione è ricca di professionalità che non meritano di essere travolte dalla rappresentazione decadente che si dà della pubblica amministrazione, perché le persone devono essere il motore del cambiamento. Per questo occorre valorizzare al meglio le competenze che abbiamo secondo un principio: le persone giuste, al posto giusto per un tempo giusto. Lavorare nel pubblico deve tornare ad essere un prestigio e una ambizione per i giovani”*.

La professionalità degli avvocati dipendenti iscritti all'albo degli avvocati-elenco speciale, non è stata però presa in esame, riservando in quella sede attenzione solo agli avvocati dell'INPS e dell'INAIL, i quali sono appunto inseriti in “sezioni professionisti” in ossequio ai principi di autonomia ed indipendenza della professione forense, costituzionalmente tutelati, quale presidio di legalità, garanzia e libertà di giudizio.

Si rammenta che sin dal T.U. del pubblico impiego del 2001, poi con la c.d. "legge Frattini", L. n. 145/2002, era stato previsto un "ruolo separato" per i professionisti iscritti in elenchi o albi speciali, in ossequio della diversità tra funzione forense e compiti gestionali e/o amministrativi.

LA RIFORMA DELLA DIRIGENZA DELLA REPUBBLICA

La riforma *de qua*, al pari di quanto previsto nella legge delega, non distingue la "professione" (forense) degli avvocati con qualifica dirigenziale (in esito alla vittoria di concorsi specifici), dalla dirigenza amministrativa, professionale (genericamente intesa, cioè non iscritti agli albi) e tecnica. Prevede modalità d'accesso uniche per queste categorie, incompatibili con la specificità dell'accesso alla pubblica avvocatura, atteso che la professione forense comporta attitudini e capacità diverse da quelle del restante personale amministrativo, tecnico e gestionale.

L'art. 1, infatti, esclude dall'applicazione della disciplina in esame solo la dirigenza medica e scolastica, in ciò non considerando che l'intero impianto del decreto delegato è di impossibile applicazione agli avvocati.

Si pensi alla "formazione permanente" in cui l'avvocato della P.A. ha **obblighi legislativamente** fissati dall'art. 11, L. 247/2012, diversi da quelli della totalità degli altri dirigenti pubblici, verificabili, valutabili e sanzionabili dai Consigli dell'Ordine d'appartenenza, e non da una commissione generica per la dirigenza.

O ancora. I principi di "rotazione degli incarichi" o lo *spoil system*, inapplicabili agli avvocati con qualifica dirigenziale degli enti pubblici, atteso che la legge forense presuppone la stabile assegnazione del dipendente avvocato all'avvocatura/ufficio legale, non caratterizzata da "precarietà". Ciò trova conferma nella giurisprudenza costante (Cassazione e Consiglio di Stato), e del C.N.F., i quali, ai fini dell'iscrizione all'elenco speciale ed alla sua permanenza in esso, richiedono tale requisito. Inoltre, manca totalmente il carattere della "rotabilità" degli incarichi per quanto attiene all'avvocato: **non esiste fungibilità** di prestazione professionale fra l'avvocato iscritto all'albo e qualunque altro dirigente.

Non solo. Un altro cardine del decreto *de quo* è il corretto principio della valutazione dei dirigenti. Ebbene, nel caso degli avvocati la **valutazione** non può appuntarsi sui **risultati**, poiché l'attività forense non costituisce notoriamente "obbligazione di risultato" e, come tale, non valutabile ai fini del conferimento di successivi incarichi difensivi. Il "risultato" (ndr. "favorevole") è già preso in considerazione come unico caso in cui spetta la voce retributiva aggiuntiva del compenso professionale.

Quanto poi ai profili delineati circa la **responsabilità** del dirigente per la propria attività, non può non cogliersi come essa sia esclusivamente legata all'attività "gestionale", che, per l'avvocato della P.A. è, da un lato, vietata quale corollario del canonizzato "divieto di svolgere attività amministrativa e gestionale" (pena il conflitto d'interessi fra difeso e difensore), sancito dalla L. 247/2012 e dalla giurisprudenza; dall'altro lato la legge forense prevede l'**obbligo di assicurazione professionale per tutti gli avvocati**, siano essi avvocati dipendenti pubblici o libero professionisti, proprio per tutelarsi da eventuali responsabilità professionali. **Assicurazione che è diversa da quella di tutti gli altri dirigenti della P.A.**, ed uguale invece a quella di tutti gli avvocati, anche del libero foro, eccetto quelli dello Stato (appunto, alta dirigenza). Si tratta di

responsabilità professionale, valutabile semmai dall'Ordine, e non certo da Commissioni o altri organi amministrativi.

Infine, un tema di enorme rilievo è quello dell'**accesso**. Mentre per la dirigenza gestionale ed amministrativa può ben essere concepita una modalità unitaria, per accedere alla dirigenza legale tale sistema è inapplicabile, attese le peculiarità necessarie, a partire dall'iscrizione all'albo, per finire alla verifica delle capacità professionali connesse allo *ius postulandi*, a garanzia della P.A. di reclutare i difensori migliori per le istanze di pubblico interesse.

La riforma della dirigenza (così come della pubblica amministrazione) è quindi un importantissimo passo per modernizzare il nostro Paese e allineare posizioni disallineate fra professionisti che svolgono la medesima professione. In Italia vi è un solo modo di "fare" l'avvocato, dentro o fuori una pubblica amministrazione. Ma in nulla si attaglia con la dirigenza gestionale-amministrativa, regolata dallo schema di decreto delegato n. 328.

Si vuole ricordare che l'avvocato dell'ente pubblico (*rectius*: l'avvocatura *in house*), produce enormi risparmi di pubblico denaro, determinati dall'espletamento di una professione che, se reperita all'esterno, comporterebbe spese ingentissime a carico dei bilanci pubblici (certificato dalla Corte dei Conti). In altre parole, il costo per la finanza pubblica del dipendente-dirigente avvocato *in house* può dirsi, di fatto, autofinanziato.

L'espunzione anche dei dirigenti avvocato (al pari dei medici e dei presidi), dalla riforma de qua, soprattutto alla luce dell'attuale L. 247/2012, art. 23, è dunque necessaria.

Per questo riteniamo che una riforma che propone una dirigenza di ruolo e selezionata per concorso, seria, impermeabile e capace, **non possa ignorare che identica scelta deve riguardare i professionisti che la P.A. difendono, e la loro selezione, affinché siano le migliori competenze a ricoprire "i posti giusti al momento giusto" e possano servire da "stimolo ed ambizione per i giovani"**. L'attuale dimenticanza del legislatore – che ha escluso solo i medici e i presidi - non può garantire l'autonomia e l'indipendenza di giudizio dell'avvocato *in house*.

Quella degli avvocati di uffici legali interni presso gli enti pubblici costituisce un'eccezione alle norme sull'incompatibilità, accanto a quella prevista per i professori universitari, disciplinata da ultimo dall'art. 23 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 recante *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*. Tali principi sono stati recepiti perchè ribaditi costantemente dalla Corte di cassazione, che ha più volte ricordato che gli avvocati pubblici devono occuparsi, in autonomia e indipendenza da ogni altro ufficio, esclusivamente della trattazione degli affari legali dell'ente, con esclusione di ogni attività di gestione amministrativa (cfr. Sez. U., sent. nn. 28049/08 – con nota del Presidente Carbone, 5559/02, 19547/10).

Tale decreto contribuisce a determinare commistione di funzioni amministrative con quelle proprie dell'avvocato dell'ente pubblico, incidenti sulle garanzie di autonomia ed indipendenza del professionista.

Al pari dei dirigenti della sanità e scolastici, dovranno essere sottratti all'applicazione delle norme de quibus anche i dirigenti avvocati, per i profili di incostituzionalità che si passa ad evidenziare.

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA'

Sempre nell'ottica della fattiva collaborazione, si segnala inoltre che, a parere di UNAEP, pur essendo a conoscenza della discutibile prassi della trasmissione degli schemi di decreto in ritardo e privi dei prescritti pareri, sembrerebbe che in particolare sullo schema di decreto legislativo in oggetto debba esprimersi codesta Commissione benché si sia consumato il termine perentorio previsto dalla legge delega e, dunque, in possibile violazione dell'art. 76 Cost.

In proposito, il comma 2 dell'art. 11 della legge delega non indica i termini entro cui il governo deve trasmettere lo schema di decreto, ma fissa il termine di dodici mesi dall'entrata in vigore (ovvero 28/8/2016), ed i termini in cui devono essere resi i pareri previsti dallo stesso comma.

La proroga di novanta giorni contemplata, pare debba ammettersi come validamente disposta nel solo caso in cui il governo avesse trasmesso tempestivamente (almeno) lo schema di decreto alla Conferenza Unificata e al Consiglio di Stato. e successivamente alle Camere, per rendere il loro parere con un ritardo compreso nei termini indicati dallo stesso comma 2 ("*trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto al comma 1 o successivamente*").

Nel caso di specie, è già intervenuta la presidente della Camera con lettera del 9/9/2016 per precisare che "*il governo ha trasmesso il 26/8/2016 lo schema di decreto delegato non corredato dai previsti pareri della Conferenza unificata e del Consiglio di Stato*" (seduta della 1^a Commissione del 20/9/2016, Camera dei Deputati).

In sostanza, quanto nella specie avvenuto - dilatando per un tempo **non predefinito** l'evasione dei previsti pareri - non assicurerebbe il rispetto della "*proroga automatica e temporalmente predefinita*", del termine di dodici mesi, prorogabili al massimo di novanta giorni, così come fissato dalla legge delega al comma 1 dello stesso art. 11.

Addì, 29 settembre 2016

Avv. Antonella Trentini
Segretario Nazionale



N. 14722/12 R.G.N.R.
N. 2326/15 R.G. G.I.P.

SENTENZA N. 303/15

**UDIENZA
DEPOSITO
ESECUTIVA
SCHEMA
N. C.P.**



**TRIBUNALE DI BOLOGNA
SEZIONE DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice Dott.ssa Rita **CHIERICI** all'esito dell'udienza del 26.2.2015 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei confronti di:

_____ , nata a Bologna il _____ , ivi residente in _____ , libera presente

Difesa di fiducia dall'Avv. Andrea Pascerini e dal Prof. Avv. Luigi Stortoni del foro di Bologna, presenti entrambi

IMPUTATA

D) delitto di cui agli artt. 81.2, 371 bis c.p. perché nel corso del procedimento penale 14722/12 mod. 21, richiesta nelle date 23 e 26 novembre 2012 dal pubblico ministero di fornire informazioni ai fini delle indagini, si rifiutava di rispondere adducendo l'esistenza di un segreto professionale, in realtà radicalmente insussistente, legato alla propria funzione di avvocato _____ del Comune di Bologna.

In particolare la stessa in data 23.11.2012 richiama di comunicare se il proprio Ufficio o lei personalmente fosse mai stata investita di compiti inerenti la procedura per il bando di gara relativo al c.d. People Mover ed alla delibera che il Comune dovette assumere per autorizzare l'ingresso di ATC spa in Marconi Express spa, rifiutava di rispondere alle domande, nonostante la stessa non avesse svolto alcuna attività nella veste professionale e non avesse ricevuto alcun mandato specifico sul tema che potesse giustificare l'astensione dal rispondere (quindi anche in violazione dell'art. 58 del Codice deontologico).

Inoltre la stessa, in data 26.11.2012 ribadiva la volontà di tacere alle domande del Pubblico Ministero sui fatti oggetto di indagine, adducendo falsamente l'esistenza di un segreto professionale (anche in violazione dell'art. 14§I del Codice deontologico), ed ometteva di fornire documentazione che consentisse di verificare la sussistenza di attività professionale prestata, sottraendosi così a domande concernenti fatti di cui era a conoscenza nella veste personale e di funzionario amministrativo comunale.

In Bologna, il 23 e 26.11.2012

Le parti hanno concluso come segue:

I P.M. insistono nella richiesta di rinvio a giudizio.

I Difensori concludono chiedendo sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'imputata, perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non è punibile per ritrattazione ex art. 376 c.p., riportandosi al riguardo alle memorie depositate in data 24/02/15 e all'udienza del 09/01/15.

MOTIVAZIONE

Con atto del 4.7.2014 i P.M. chiedevano il rinvio a giudizio di

per il reato trascritto in epigrafe, unitamente ad alcuni amministratori e funzionari del Comune di Bologna, nonché legali rappresentanti di enti esercenti attività imprenditoriali, accusati dei reati di turbata libertà degli incanti e di abuso d'ufficio aggravati, di cui agli artt. 353 co. 2 e 323 co. 2 c.p.

In particolare, l'indagine riguarda la procedura di gara per l'aggiudicazione da parte del Comune di Bologna di una concessione per la progettazione, costruzione e gestione di un'infrastruttura di trasporto rapido di massa (tipo "people mover") che doveva collegare l'aeroporto e la stazione ferroviaria centrale della città. Secondo l'ipotesi d'accusa, i funzionari comunali preposti alla procedura di gara ponevano in essere, in concorso con gli interessati, atti fraudolenti in violazione delle norme in materia di appalti pubblici e di altre norme di legge, allo scopo di garantire al Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC) Scarl l'aggiudicazione della concessione, in assenza di adeguati requisiti economici-finanziari e tecnico-organizzativi, senza farle assumere i rischi connessi alla gestione del servizio pubblico in questione: ciò avveniva attraverso la presentazione, nell'ambito di una procedura di gara carente e realizzata in

regolamento sull'ordinamento degli uffici e servizi del Comune di Bologna; richiesta di parere al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna.

In quelle sedi, dunque, la _____ dichiarava ai P.M. di astenersi dal rispondere alle domande relative all'indagine, affermando di essere vincolata al segreto professionale, come avvocato del Comune di Bologna. Il 26.11.2012 il P.M. domandava alla _____ di esibire i mandati *ad litem* a lei conferiti dal Sindaco del Comune di Bologna in vertenze giudiziali e stragiudiziali avanti all'Autorità Giudiziaria, in merito alle questioni indicate, richiesta cui la _____ non dava seguito.

Le contestazioni rivolte all'imputata riguardano dunque l'essersi la stessa rifiutata di rispondere alle domande del P.M. - obbligo cui era ritenuta obbligata come funzionario amministrativo comunale - avendo addotto un segreto professionale inesistente in relazione alle notizie apprese come avvocato del Comune di Bologna sulla vicenda della procedura di gara per l'aggiudicazione dei lavori e della gestione del c.d. "People Mover"; come si legge nell'imputazione, la negazione della sussistenza del segreto professionale si basa sul mancato svolgimento da parte della _____ di alcuna attività come avvocato del Comune in relazione alla vicenda oggetto d'indagine, sulla mancanza di un mandato specifico conferito dall'ente e comunque sull'omessa consegna agli investigatori di documentazione utile a verificare la sussistenza dell'attività professionale prestata.

Nessuna valenza pare assumere la contestazione all'imputata circa il rifiuto, addotto il 23.11.2012, di rispondere alla domanda se fosse stata investita di compiti inerenti alla procedura per il bando di gara del c.d. "People Mover" e alla delibera comunale relativa all'ingresso di ATC S.p.a. in Marconi Express s.p.a.. Infatti, in quella occasione, nonché nel corso della seconda audizione, la _____ ebbe a rispondere alla domanda, sostenendo di non aver ricevuto incarichi formali e di non poter escludere di aver effettuato "telefonate" o di aver partecipato a riunioni in cui si discuteva di tali questioni, evidentemente finalizzate a richiedere la sua attività di consulenza.

In ogni caso, sul punto la _____ rispondeva compiutamente all'udienza preliminare del 26.2.2015, anche in funzione di eventuale ritrattazione ex art. 376 c.p., riportandosi al contenuto delle memorie difensive e, quanto al bando di gara del "People Mover", confermando ciò che aveva dichiarato nelle precedenti sedi, circa la mancanza di incarichi formali e l'eventuale svolgimento di consulenza legale su richiesta di altri funzionari del Comune; in ordine al tema dell'ingresso di ATC S.p.a. in Marconi Express S.p.a., peraltro strettamente connesso all'altra questione, ammetteva di aver effettivamente ricevuto un incarico di consulenza legale.

Contrariamente all'ipotesi d'accusa, la documentazione in atti consente di verificare che effettivamente la _____ si era occupata delle questioni legali inerenti all'aggiudicazione e alla gestione del "People Mover", anteriormente alle

audizioni avanti ai P.M., come si evince dalla documentazione prodotta dalla Difesa e allegata alla memoria depositata il 24.2.2015, nonché da quella prodotta in occasione dell'interrogatorio reso dall'indagato in data 20.11.2012 (aff. 10276 e ss.).

Rileva innanzitutto la e-mail del 5.2.2007, trasmessa dalla [redacted] ad altri funzionari del Comune coinvolti nel progetto, prima e in vista della procedura di gara, volta a segnalare alcune criticità legali da risolvere in relazione alla predisposizione sia del bando di gara, sia della convenzione per la gestione dell'opera. Del resto la [redacted] era tra i destinatari della e-mail inviata il 17.1.2007 dal Direttore operativo [redacted] contenente una sintesi degli impegni assunti per la costituzione della società per la progettazione e realizzazione del "People Mover".

Nella e-mail della dott.ssa [redacted] del 13.10.2009, inviata per conoscenza alla [redacted], venivano formulati alcuni quesiti legali in relazione ai quali si richiedeva di acquisire il parere del "nostro Ufficio legale" in merito alla costituzione di una società con il Consorzio CCC di Bologna, destinata a subentrare al Consorzio nella concessione di progettazione, costruzione e gestione del "People Mover", proprio perché si evidenziava l'"anomalia" del doppio ruolo del Comune di Bologna, come concedente e socio di controllo di ATC S.p.a., che avrebbe dovuto partecipare alla costituzione della società ai fini dell'assunzione degli oneri di gestione dell'opera, pur senza aver preso parte alla procedura per l'aggiudicazione della concessione: nella comunicazione veniva più volte citata l'avvocato [redacted] come soggetto cui indirizzare informazioni e precisazioni, ai fini di una valutazione legale del caso.

Nella e-mail del 14.10.2009 la dott.ssa [redacted] poneva il tema della valutazione degli aspetti economici e finanziari della proposta avanzata da ATC s.p.a., in relazione alla costituzione di una società con il Consorzio CCC di Bologna, segnalando che *"vengono fatte salve, in questa nota, tutte le considerazioni inerenti la <<legittimità>> e/o la piena conformità alle disposizioni legislative dell'operazione di cui trattasi, già oggetto di separati quesiti rivolti all'Ufficio Legale del Comune"* a dimostrazione del pieno coinvolgimento dell'Ufficio Legale dell'Ente nelle tematiche in esame, in vista proprio dell'adozione dei provvedimenti amministrativi e degli atti contrattuali che avrebbero dovuto comportare la costituzione, successivamente all'aggiudicazione della concessione per la realizzazione del "People Mover" e alla stipulazione del contratto, di una società di progetto nella quale era stata proposta la partecipazione di ATC s.p.a., partecipata dal Comune di Bologna ed estranea alla procedura di gara. Si tratta proprio delle questioni oggetto del processo penale promosso nei confronti di diversi amministratori, funzionari e imprenditori in relazione alla vicenda amministrativa del c.d. "People Mover", delle quali la [redacted] era stata investita nell'esercizio della sua attività professionale. La nota si concludeva poi con un riferimento alla necessità di attendere il parere legale sugli aspetti preliminari della vicenda.

Nella e-mail del 13.10.2009, [redacted] segnalava a [redacted] le problematiche legali in ordine ai requisiti per la partecipazione alla gara e alla società di progetto da costituire successivamente all'aggiudicazione, e invocava un maggior coinvolgimento del Settore Legale. In risposta a tale e-mail, con comunicazione del 14.10.2009, indirizzata anche alla [redacted], [redacted] Sonia evidenziava "Il quesito è stato posto direttamente all'avv.to [redacted]".

Nella e-mail del 2.11.2009, la [redacted] proponeva un incontro con i rappresentanti del Consorzio, per acquisire ulteriori informazioni sulla vicenda, in vista della delibera da assumere, da parte del Comune, per la partecipazione di ATC nella società.

In relazione a tale questione legale, poi, la [redacted] richiedeva la collaborazione di altra avvocatessa del proprio Settore, l'Avv. [redacted].

[redacted], come si evince dall'estratto del protocollo interno dell'Ufficio legale del Comune di Bologna, ad ulteriore dimostrazione dell'interessamento dell'imputata nella vicenda in esame.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente il coinvolgimento dell'avvocato [redacted], nell'esercizio della propria attività professionale, nelle questioni legali connesse alla procedura di gara per all'aggiudicazione dei lavori relativi alla realizzazione del "People Mover", nonché in quelle riguardanti la costituzione da parte del concessionario della società di progetto Marconi Express s.p.a., nella quale era prevista la partecipazione di ATC S.p.a., questioni peraltro strettamente connesse tra loro.

Si ritiene, pertanto, che l'avvocato [redacted], quando le venne richiesto dai P.M. di fornire informazioni ex art. 362 c.p.p. sui fatti appresi in ragione della propria attività professionale, si sia limitata ad opporre la sussistenza del segreto professionale ex art. 200 c.p.p. (richiamato espressamente dall'art. 362 co. 1 c.p.p.), in relazione a tutte le notizie apprese come avvocato che, nell'interesse e per incarico del Comune di Bologna, si era occupata della pratica, oggetto dell'indagine.

Infatti, sia nel periodo in cui si verificarono le vicende relative all'aggiudicazione dell'opera "People Mover" e alla successiva costituzione della società di progetto, sia nel momento in cui la [redacted] venne sentita a sommarie informazioni dai P.M., la stessa rivestiva il ruolo di Avvocato del Settore Avvocatura del Comune di Bologna, con procura generale alle liti e con funzioni di assistenza, rappresentanza e patrocinio del Comune nelle vertenze giudiziali e stragiudiziali e con competenze di consulenza e assistenza legale della struttura interna dell'Ente.

Del resto, le richieste di informazioni formulate dai P.M. afferivano a fatti di cui l'imputata era venuta a conoscenza proprio in ragione dell'attività professionale svolta in favore del Comune di Bologna.

Non rileva, in senso contrario all'applicazione dell'art. 200 c.p.p., la circostanza che la [redacted] fosse [redacted] dipendente del Comune, in quanto

L'attività legale del Settore Avvocatura del Comune di Bologna viene svolta in posizione di piena autonomia rispetto alle altre articolazioni gerarchiche e burocratiche dell'Ente, è sottoposta all'iscrizione in un Elenco speciale dell'Albo istituito presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna ed è soggetta all'applicazione del Codice deontologico forense, prevista per gli avvocati iscritti nell'Albo ordinario e in generale per *"tutti gli avvocati e praticanti nella loro attività, nei loro reciproci rapporti e nei confronti dei terzi"* (art. 1). Viene pertanto in considerazione il preambolo del Codice deontologico, secondo il quale *"L'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini di giustizia"*.

Dunque, anche la *"..."* nell'esercizio della propria attività professionale, era tenuta al dovere di segretezza e riservatezza di cui all'art. 9 del Codice deontologico forense, in relazione a tutte le informazioni di cui fosse venuta a conoscenza in dipendenza del mandato; era tenuta, poi, ad astenersi dal deporre come testimone su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e inerenti al mandato ricevuto, ai sensi dell'art. 58 del medesimo Codice deontologico, che consente tuttavia all'avvocato di presentarsi come testimone, a condizione di rinunciare al mandato senza possibilità di riassumerlo (evenienza che in ragione delle competenze attribuite e del rapporto organico con l'Ente non sarebbe neppure stata possibile, in mancanza delle dimissioni dall'Ente).

Queste indicazioni trovano riscontro nel parere rilasciato dal Consiglio dell'Ordine di Bologna in data 11.12.2012, a seguito di richiesta della *"..."* formulata il 23.11.2012, in occasione della prima audizione avanti ai P.M..

Il parere evidenzia, altresì, che il mandato professionale di consulenza è a forma libera e può essere conferito anche verbalmente, essendo cosa diversa dalla procura *ad litem*. Nel caso di specie non risulta, infatti, che vi fosse la necessità di un conferimento formale, da parte del Sindaco del Comune di Bologna, di un mandato scritto al Settore Avvocatura, quale articolazione interna preposta alla trattazione delle questioni legali dell'Ente.

Al riguardo, l'art. 10 quater del Regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e servizi del Comune di Bologna, nel disciplinare il Settore di appartenenza dell'imputata, prevede: *"L'Avvocatura, nel rispetto della normativa sulla professione forense, svolge, in coerenza con gli indirizzi espressi dal Sindaco, le funzioni di assistenza, rappresentanza e patrocinio del Comune nelle vertenze, stragiudiziali e giudiziali, attive e passive, avanti a tutte le giurisdizioni di ogni ordine e grado, nelle materie di competenza; svolge altresì consulenza ed assistenza legale alla struttura interna dell'ente"*.

In ragione di tale previsione e della sussistenza di un rapporto organico con l'ente, non era dunque richiesto il conferimento di un mandato formale da parte del Comune all'Avv. *"..."* in relazione alle questioni legali connesse al "People Mover"; peraltro, la procura scritta (non giudiziale) è inusuale anche nei rapporti tra qualunque avvocato - libero professionista e il cliente da cui riceve

l'incarico, e a maggior ragione essa non appare esigibile nel caso di specie, in cui sussiste un rapporto di lavoro tra il Comune e gli avvocati del Settore Avvocatura, disciplinato da norme di natura regolamentare.

Ciò viene chiarito anche nella nota del Segretario Generale del Comune di Bologna del 26.11.2012, prodotto dalla _____ in occasione della seconda audizione, da cui si evince che gli avvocati del Settore Avvocatura sono tutti muniti di procura generale *ad lites*, e svolgono *"attività di consulenza e assistenza giuridica e legale, quando si convenga sulla sua opportunità, in via prioritaria ai dirigenti preposti alle articolazioni della struttura amministrativa dell'ente"*; inoltre, *"l'attivazione degli avvocati del Settore Comunale delle attività di consulenza e assistenza giuridica ha luogo, di norma, con modalità informali, senza che sia necessaria la sottoscrizione di un documento d'incarico da acclararsi al protocollo Generale del Comune, poiché si ritiene che l'esercizio di tali attività professionali sia ricompreso nel mandato generale di avvocato attribuito ai singoli componenti del Settore Avvocatura"*.

Altro tema da esaminare è quello introdotto dai P.M. con la produzione in udienza della sentenza del Consiglio di Stato del 31.7.2014, che in un caso relativo all'esercizio del diritto di accesso del privato agli atti della pubblica amministrazione, in pendenza di un procedimento tributario di accertamento di un'imposta, incidentalmente affermava che *"sono coperti da segreto professionale (artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.) solo i "pareri legali" che attengono al diritto di difesa in un procedimento giurisdizionale"*, con esclusione dei *"pareri legali interni richiesti nell'ambito dell'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento amministrativo"*.

Appare evidente come la pronuncia non sia pertinente, in quanto concerne il rapporto tra il cliente, che ha ricevuto dall'avvocato un parere, e i terzi, e non quello tra il legale e il cliente, in cui si pone il problema del dovere di riservatezza del professionista e dell'applicazione del disposto dell'art. 200 c.p.p. La pronuncia richiama il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26.1.1996 n. 200, che all'art. 2 prevede: *"Ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti fra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)"*.

Com'è noto, l'art. 24 comma 1 L. 241/1990 disciplina il diritto di accesso agli atti amministrativi, cosicché appare evidente come il disposto dell'art. 2 del DPCM 200/1996 sia rivolto a disciplinare l'esercizio di tale diritto, senza imporre alcuna limitazione all'applicazione del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p., in assenza di una prescrizione esplicita e diretta, peraltro nel caso di specie proveniente da fonte normativa secondaria, volta a disciplinare un istituto di diritto amministrativo estraneo al segreto professionale e inidonea ad ampliare l'ambito di operatività dell'illecito penale in forza del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione.

Diversamente, la disposizione dovrebbe considerarsi illegittima, anche per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, e dovrebbe essere disapplicata, proprio perché determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento nell'esercizio della professione forense, a seconda che essa sia riferibile agli avvocati che operano come liberi professionisti o a quelli che sono legati da un rapporto organico con un ente pubblico, pur essendo equiparati ai primi dall'ordinamento a tutti gli effetti.

E' infatti unanime l'orientamento volto a ricomprendere nell'ambito dell'attività professionale forense quella di consulenza e assistenza legale svolta dall'avvocato nei confronti della propria clientela, a prescindere dalla pendenza di un procedimento giurisdizionale.

Al riguardo, in relazione ad analoga questione, relativa all'applicazione dell'art. 103 c.p.p., anch'essa attinente alla tutela del rapporto fiduciario tra l'avvocato e il cliente, la Suprema Corte ha affermato: *"Il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni, stabilito dall'art. 271, comma secondo, cod. proc. pen., è posto, tra gli altri, a tutela dell'avvocato (come degli altri soggetti indicati nell'art. 200, comma primo, cod. proc. pen.) e dell'esercizio della sua funzione, ancorché non formalizzato in un mandato professionale, purché detto esercizio sia causa della conoscenza del fatto, ben potendo un avvocato venire a conoscenza, in ragione della sua professione, di fatti relativi ad un soggetto del quale non sia difensore. Ne consegue che detto divieto sussiste ed è operativo quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate siano pertinenti all'attività professionale svolta dai soggetti indicati nell'art. 200, comma primo, cod. proc. pen. e riguardino, di conseguenza, fatti conosciuti in ragione della professione da questi esercitata, a nulla rilevando il fatto che si tratti di intercettazione indiretta. (Fattispecie in cui la S.C. ha censurato la decisione del giudice di merito il quale era pervenuto alla conclusione dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni delle conversazioni dell'imputato con un avvocato, distinguendo tra fatti conosciuti da quest'ultimo in quanto difensore in un procedimento civile e fatti di cui avrebbe conosciuto come 'amico', esulanti dal divieto in questione, non considerando che la ragione della conoscenza di detti fatti era pur sempre data dal rivestire la qualità di avvocato e che proprio in quanto tale egli forniva consigli all'imputato)."* (Cass. Pen. 5.3.2013, n. 17979).

La tutela del diritto di difesa viene dunque riconosciuta dall'ordinamento in presenza di un rapporto professionale tra il legale e il proprio assistito, che si estrinseca anche con l'esercizio di attività di consulenza, restando esclusa solo in presenza di un rapporto di natura diversa (Cass. Pen. 25.9.2014, n. 42854; Cass. Pen. 29.5.2014, n. 26323).

Ciò è stato espressamente enunciato dalla Suprema Corte anche in altra pronuncia: *"Gli avvocati e procuratori, che hanno il particolare dovere di tacere e di custodire il segreto, per poter dare affidamento di discrezione e di riservatezza, necessarie per la sicurezza del cliente-non possono essere obbligati a deporre su fatti o circostanza di cui essi abbiano avuto cognizione in seguito a rivelazioni o confidenze ricevute dai loro clienti nell'Esercizio del loro ministero; ciò perché le rivelazioni e le confidenze sono in tal caso determinate da un rapporto necessariamente fiduciario che si stabilisce tra il cliente e il professionista, alla cui discrezione il primo è costretto a ricorrere per i suoi particolari bisogni. Pertanto, rientrano nella tutela dell'art 351 cod proc pen tutte le cognizioni apprese*

nell'Esercizio professionale che concernano attività intraprese, 'in fieri' o ancora da intraprendere da parte del cliente, nell'Esercizio professionale dovendosi mantenere compresa certamente anche la semplice consulenza." (Cass. Pen. 14.2.1966, n. 405).

Si osserva, poi, che il contenuto ampio delle previsioni di cui all'art. 2 DPCM 26.1.1996 n. 200, che sottrae al diritto di accesso i pareri resi in relazione ad una lite non solo "in atto", ma anche "in potenza" (e la corrispondenza ad essi inerente), può ben condurre a riconoscerne l'ipotesi indicata nel caso di specie, tenuto conto dei pareri legali espressi dall'avvocato proprio al fine di garantire la regolarità degli atti amministrativi e contrattuali inerenti all'appalto del "People Mover", al fine di impedire "contestazioni processuali" come quelle che sono poi insorte.

Si consideri, infine, come le informazioni che l'avvocato riceve dal proprio cliente nell'esercizio dell'attività di consulenza e assistenza legale abbiano natura riservata, a prescindere dalla circostanza che sia stata o meno promosso un procedimento avanti all'Autorità giudiziaria, perché attengono strettamente all'esercizio della professione forense e presentano un diretto nesso funzionale con il rapporto fiduciario che si stabilisce tra avvocato e cliente.

Sia la *ratio legis* sottesa all'istituto, sia il dettato letterale, espresso in termini generali, delle disposizioni di cui all'art. 200 c.p.p. e agli artt. 9 e 58 del Codice deontologico forense non consentono di aderire ad una diversa interpretazione. L'art. 200 c.p.p. fa salvi solo i casi in cui sia previsto dall'ordinamento un obbligo espresso di riferire alle Autorità, come avviene nei casi di cui agli artt. 331 e 334 c.p.

Pertanto, si deve ritenere che la [] abbia agito legittimamente, opponendo il segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p., in ragione del rapporto professionale che la legava al proprio assistito e all'attività legale effettivamente svolta.

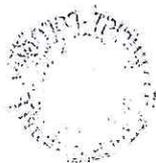
Del resto, l'imputata, se non avesse opposto il segreto professionale, sarebbe incorsa nella responsabilità per il reato di cui all'art. 622 c.p., che punisce la rivelazione, senza giusta causa, di notizie apprese "per ragione della propria professione", nonché per l'illecito disciplinare conseguente alla violazione di cui all'art. 58 del codice deontologico, che impone all'avvocato di astenersi dal deporre come testimone su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale ed inerenti al mandato ricevuto.

Dunque, avendo l'imputata agito nell'esercizio scriminante di un preciso poterdovere, riconosciuto dall'ordinamento, s'impone nei suoi confronti pronuncia di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 425 co. 1 c.p.p., perché il fatto non costituisce reato.

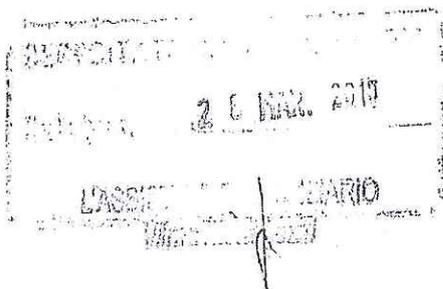
P.Q.M.

Il Giudice,
visto l'art. 425 c.p.p.,
dichiara non luogo a procedere nei confronti di _____ in ordine al
reato ascritte di cui al capo D) dell'imputazione perché il fatto non costituisce
reato.

Bologna, 26 febbraio 2015




IL GIUDICE
Dott.ssa Rita CHIERICI



Ordine degli Avvocati di Trani

Parere sulla possibilità di attribuire all'Avvocato addetto all'ufficio legale di un ente locale anche funzioni dirigenziali ai sensi dell'art. 107 D.Lgs. 267/2000

11. 11. 2014



Richiesta di parere sulla possibilità di attribuire all'Avvocato addetto all'ufficio legale anche funzioni dirigenziali ai sensi dell'art. 107 D lgs. 267/2000.

DIRIGENZA
"GESTIONALE"

Il Comune di ha formulato a questo Consiglio dell'Ordine la richiesta di parere che si trascrive testualmente: **"Il Comune di ha in dotazione organica un avvocato: con la presente si chiede se lo stesso, pur continuando ad esercitare le funzioni di propria competenza in posizione di indipendenza, libertà ed autonomia, possa svolgere le funzioni e responsabilità di cui all'art. 107 del D. lgs. 267/2000"**.

L'art. 107 del D.Lgs. 267/2000 (testo unico degli enti locali) disciplina le dirigenze degli enti locali, le funzioni delle medesime e gli incarichi ad esse connessi:

D L.gs. 18.8.2000 n. 267 in G.U. 28.9.2000 n. 227

PARTE I ORDINAMENTO ISTITUZIONALE TITOLO IV ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

CAPO III DIRIGENZA ED INCARICHI Articolo 107 Funzioni e responsabilità della dirigenza.

1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.
2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108.
3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:
 - a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso;
 - b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso;
 - c) la stipulazione dei contratti;
 - d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa;
 - e) gli atti di amministrazione e gestione del personale;

f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie;

g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;

h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza;

i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'art. 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'art. 50, comma 3, e dall'art. 54.

6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.

7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'art. 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'art. 147 del presente testo unico.

Il quesito posto dal Comune di riguarda la possibilità di attribuire all'Avvocato iscritto all'albo speciale e con attività esclusiva presso l'Ente, anche altre funzioni amministrative in aggiunta a quelle relative all'ufficio legale, ferma restando l'assoluta autonomia funzionale del medesimo.

E ciò tocca il tema, ampiamente dibattuto, della incompatibilità dell'Avvocato con il rapporto pubblico impiego.

Tale incompatibilità, già sancita dall'art. 3 comma 2 del RDL 1578/1933 (vecchia legge professionale) è stata ribadita dall'art. 18 comma 1 lettera e)- della L. 247/2012 (nuova legge professionale). Rispetto a tale incompatibilità, che determina la cancellazione dall'albo da parte del Consiglio dell'Ordine di appartenenza, l'iscrizione all'albo speciale degli Avvocati degli enti pubblici è stata sempre ritenuta una eccezione e quindi una norma di stretta applicazione, già disciplinata dall'art. 4 lett b)- del RDL 1578/1933 e oggi ripresa dall'art. 23 della L. 247/2012.

Legge 31/12/2012 n. 247, G.U. 18/01/2013 n. 15

TITOLO II

ALBI, ELENCHI E REGISTRI

Articolo 23 Avvocati degli enti pubblici

1. Fatti salvi i diritti acquisiti alla data di entrata in vigore della presente legge, gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici, anche se trasformati in persone giuridiche di diritto privato, sino a quando siano partecipati prevalentemente da enti pubblici, ai quali venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta, sono iscritti in un elenco speciale annesso all'albo. L'iscrizione nell'elenco è obbligatoria per compiere le prestazioni indicate nell'articolo 2. **Nel contratto di lavoro e' garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato.**

2. Per l'iscrizione nell'elenco gli interessati presentano la deliberazione dell'ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione

degli affari legali dell'ente stesso e **l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni**; la responsabilità dell'ufficio e' affidata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i principi della legge professionale.

3. Gli avvocati iscritti nell'elenco sono sottoposti al potere disciplinare del consiglio dell'ordine.

Tale disposizione, in riferimento alla fattispecie in esame, norma due principi costantemente riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e del CNF in riferimento al RDL 1578/1933.

a)- l'autonomia ed indipendenza dell'Avvocato addetto ad un ufficio legale dell'Ente;

b)- la destinazione del professionista incaricato in via esclusiva all'ufficio legale.

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-.

Negli ultimi vent'anni si è assistito ad una corsa da parte degli enti pubblici ad istituire propri uffici legali interni con un proliferare del numero degli iscritti nell'elenco speciale con un fortissimo balzo in avanti nell'ultimo decennio.

Ciò risponde ad una esigenza primaria: consentire agli enti pubblici di disporre di propri organi tecnico-legali, a somiglianza dell'Avvocatura dello Stato, per lo svolgimento di funzioni professionali strettamente connesse con i meccanismi interni dell'amministrazione (la c.d. "aderenza e vicinanza al fatto").

In tal modo gli avvocati dipendenti degli enti pubblici hanno assunto il ruolo di fondamentale cerniera tra i diversi protagonisti del processo e di memoria storica della giurisprudenza dell'Ente.

Il numero crescente e le funzioni degli Avvocati degli enti pubblici hanno messo in luce un aspetto nevralgico: la mancanza di una disciplina sistematica, coerente e chiara del ruolo delle avvocatature pubbliche e della posizione giuridica dell'avvocato, unico soggetto della P.A. sottoposto allo stesso tempo ai doveri del dipendente ed a quelli del professionista. Tale doppio status comporta però una molteplicità di problemi in un ordinamento, qual è quello attuale ove, in assenza di qualsivoglia norma disciplinante, la giurisprudenza (ordinaria, amministrativa e disciplinare) ha soppiantato il legislatore formulando essa stessa i principi regolatori della materia.

Come detto 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 di 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 **Cassazione a 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).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha ribadito che nell'art. 3 del RDL 1578/1933 –ed oggi negli artt. 18 e 13 della L. 247/2012- trovano genesi i principi di autonomia ed indipendenza ascrivibili, da un lato, all'attività dell'Avvocato dell'ente pubblico e, dall'altro lato, alla struttura cui l'Avvocato stesso deve fare riferimento. Per tali ragioni lo svolgimento delle funzioni legali negli apparati pubblici deve compiersi in sostanziale estraneità rispetto alla restante parte della funzione amministrativa e, in particolare, alle altre partizioni dell'amministrazione (cfr. TAR SARDEGNA CAGLIARI sez. II, 14.1.2008 n. 7, PUGLIA LECCE, sez. II, 14.1.2008 n. 7 e Cass. Sez. Unite 18.4.2002 n. 5559).

Nello specifico Cassazione civile, sez. un., 15/09/2010, n. 19547 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, era sancito dalla legge del 1933 ed è stato confermato dalla L. 247/2012. Stante la specialità di quest'ultima, in conformità ai principi sulla gerarchia della fonti, una legge generale (quale può essere quella sul pubblico impiego o il testo unico sull'ordinamento degli enti locali, invocato dal Comune di), non può derogare una legge speciale (la L. 247/2012 legge professionale forense).

L'Avvocatura degli enti pubblici, inoltre, è stata ritenuta di recente indispensabile presidio per il contenimento della spesa pubblica e per la prevenzione della corruzione.

Tali ruoli e tali funzioni evidentemente non potrebbero essere esercitati da un Avvocato dell'ente pubblico che, anche se autonomo ed indipendente nella propria funzione, svolgesse anche, in aggiunta, funzioni tipicamente amministrative, come quelle dirigenziali ipotizzate dal Comune di in riferimento all'art. 107 del D. Lgs. 267/2000.

PER TALI RAGIONI

Il quesito posto dal Comune di deve avere risposta negativa in quanto l'esercizio di qualsivoglia attività amministrativa da parte dell'Avvocato addetto all'ufficio legale dell'ente pubblico, ed indipendentemente dalle dimensioni dell'ente pubblico e dalla struttura dell'ufficio legale di appartenenza, lederebbe comunque l'autonomia e l'indipendenza del legale, determinando un conflitto di interessi, sia pure 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.

Trani 11 novembre 2014.

Il relatore Avv. Sabino Palmieri

Il Consigliere Segretario
Avv. Carlo Barracchia

Il Presidente
Avv. Francesco Logrieco

STAMPATO DAL SITO WWW.ORDINEAVVOCATITRANI.IT

AVVOCATO
Cass. civ. Sez. Unite, 18-04-2002, n. 5559

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo CARBONE -Primo Presidente f.f.-
Dott. Rafaele CORONA -Presidente di sezione-
Dott. Giovanni PRESTIPINO -Consigliere-
Dott. Erminio RAVAGNANI -Rel. Consigliere-
Dott. Alessandro CRISCUOLO -Consigliere-
Dott. Vincenzo PROTO -Consigliere-
Dott. Maria Gabriella LUCCIOLI -Consigliere-
Dott. Mario Rosario MORELLI -Consigliere-
Dott. Giulio GRAZIADEI -Consigliere-

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GRAZIOSI GIACINTA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AMITERNO 3,
presso lo studio dell'avvocato CARMINE CIOFANI, che la rappresenta e
difende, giusta delega in calce al ricorso;

-ricorrente-

contro

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, PROCURATORE GENERALE PRESSO LA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

-intimati-

nonché contro

a seguito di ordinanza dibattimentale di integrazione del contraddittorio in data 1 dicembre 2000

nei confronti di

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA;

e sul 2[^] ricorso n[^] 01/01/0263 proposto da:

FONDAZIONE ENPAM, (ENTE NAZIONALE PREVIDENZA ED ASSISTENZA MEDICI

ED ODONTOIATRI), in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO 10, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE PICCIONE, che lo rappresenta e difende, giusta delega in calce al ricorso;

-ricorrente-

contro

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA, GRAZIOSI GIACINTA,

-intimati-

nonché contro

a seguito di ordinanza dibattimentale di integrazione del contraddittorio in data 4 maggio 2001

nei confronti di

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

-intimato-

avverso la decisione n. 201/99 del Consiglio nazionale forense di ROMA, depositata il 04/11/99;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/02/02 dal Consigliere Dott. Erminio RAVAGNANI;

uditi gli Avvocati Stefano NOTARMUZI, per delega dell'avvocato Carmine CIOFANI, Salvatore PICCIONE;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. Domenico IANNELLI che ha concluso per il rigetto dei ricorsi.

AVVOCATO**Albo professionale**

in genere

Avvocato degli enti pubblici

Fatto	Diritto	P.Q.M.
--------------	----------------	---------------

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo CARBONE -Primo Presidente f.f.-

Dott. Rafaele CORONA -Presidente di sezione-

Dott. Giovanni PRESTIPINO -Consigliere-

Dott. Erminio RAVAGNANI -Rel. Consigliere-

Dott. Alessandro CRISCUOLO -Consigliere-

Dott. Vincenzo PROTO -Consigliere-

Dott. Maria Gabriella LUCCIOLI -Consigliere-

Dott. Mario Rosario MORELLI -Consigliere-

Dott. Giulio GRAZIADEI -Consigliere-

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GRAZIOSI GIACINTA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AMITERNO 3, presso lo studio dell'avvocato CARMINE CIOFANI, che la rappresenta e difende, giusta delega in calce al ricorso;

-ricorrente-

contro

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

-intimati-

nonché contro

a seguito di ordinanza dibattimentale di integrazione del contraddittorio in data 1 dicembre 2000

nei confronti di

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA;

e sul 2[^] ricorso n[^] 01/01/0263 proposto da:

FONDAZIONE ENPAM, (ENTE NAZIONALE PREVIDENZA ED ASSISTENZA MEDICI

ED ODONTOIATRI), in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO 10, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE PICCIONE, che lo rappresenta e difende, giusta delega in calce al ricorso;

-ricorrente-

contro

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA, GRAZIOSI GIACINTA,

-intimati-

nonché contro

a seguito di ordinanza dibattimentale di integrazione del contraddittorio in data 4 maggio 2001

nei confronti di

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

-intimato-

avverso la decisione n. 201/99 del Consiglio nazionale forense di ROMA, depositata il 04/11/99;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/02/02 dal Consigliere Dott. Erminio RAVAGNANI;

uditi gli Avvocati Stefano NOTARMUZI, per delega dell'avvocato Carmine CIOFANI, Salvatore PICCIONE;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. Domenico IANNELLI che ha concluso per il rigetto dei ricorsi.

Svolgimento del processo

Con ricorso in data 29 gennaio 1999, l'avv. Giacinta Graziosi, funzionario dell'Ente Nazionale Previdenza ed Assistenza Medici e odontoiatri (ENPAM), impugnava la delibera del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma in data 17 dicembre 1998, notificata il 13 gennaio 1999, con la quale era stata respinta la sua domanda d'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo professionale.

Nel giudizio interveniva l'ente predetto.

Il Consiglio Nazionale Forense rigettava il ricorso, osservando quanto segue.

La ratio della deroga al regime d'incompatibilità, di cui all'art. 3, ultimo comma lett. b) della legge professionale, va individuata nell'esigenza di tutelare l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati nella difesa degli interessi del cliente. Tale libertà è ravvisabile nel rapporto di pubblico impiego ma non in quello di specie, di natura indubbiamente privatistica, giacché l'ENPAM è ente sicuramente privato, come definito dal D.Lgs n. 509 del 1994, recante norme per la trasformazione degli enti pubblici in persone giuridiche private.

Quanto all'efficacia del provvedimento del Consiglio dell'ordine di Roma, non se ne può negare la sussistenza per il mancato rispetto del termine di notificazione, trattandosi di termine ordinatorio.

Avverso questa decisione la Graziosi ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di censura.

L'ENPAM ha presentato ricorso autonomo "contro" il Consiglio Nazionale Forense, contro il Consiglio dell'ordine e nei confronti della Graziosi.

Entrambi i ricorrenti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

I ricorsi debbono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo proposti avverso la medesima sentenza.

Con il primo motivo, la ricorrente, deducendo violazione o falsa applicazione dell'art. 3 legge 27 novembre 1933 n. 1578 e della legge c.d. Amato, n. 218 del 1990, lamenta che il Consiglio Nazionale non abbia considerato che l'ENPAM ha assunto personalità giuridica di diritto privato solo col decreto ministeriale pubblicato sulla gazzetta ufficiale del 12 dicembre 1995 e che anche dopo tale data detto ente ha continuato a svolgere funzioni di natura prevalentemente pubblicistica nel campo della protezione sociale. In ogni

caso, presso l'ente era stato costituito un ufficio legale composto in conformità della *legge n. 70 del 1975* per garantire la sua piena autonomia necessaria per l'esercizio della professione legale. D'altra parte la ricorrente, anche se, per l'impossibilità da parte dell'ENPAM di bandire concorsi, non era stata iscritta all'albo, svolgeva tuttavia mansioni di carattere professionale, sicché si trovava, in ordine alla futura iscrizione all'albo speciale, nell'aspettativa tutelata dalla *legge n. 218 del 1990*, che fa salvi non solo i diritti quesiti, ma anche gli effetti di leggi speciali e quelli rivenienti dall'originaria natura pubblicistica dell'ente.

Con il secondo motivo, deducendo vizi della motivazione, la ricorrente assume che sia assiomatica l'affermazione del Consiglio Nazionale in ordine alla natura ordinatoria del termine di notificazione del provvedimento impugnato davanti a tale organo.

Con il ricorso dell'ENPAM sono svolte argomentazioni analoghe a quelle contenute nel primo motivo dell'altro ricorso, peraltro dopo ampia premessa in ordine all'ammissibilità dell'intervento adesivo davanti al Consiglio Nazionale Forense, che ha dato atto della presenza dell'avvocato dell'ente, ma non si è pronunciato su detta ammissibilità, cui si era opposto in udienza il Pubblico Ministero.

Orbene, la decisione del Consiglio Nazionale Forense è esente dai vizi denunciati dalla ricorrente.

Premesso che, a tenore dell'art. 56 della legge sull'ordinamento della professione forense n. 1578 del 1933, nonché per *l'art. 111 della Costituzione*, le decisioni del predetto organo, aventi carattere di provvedimenti giurisdizionali, sono soggette a ricorso davanti alle Sezioni Unite per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, nella quale ultima ipotesi sono comprese le violazioni delle norme in procedendo, va subito rilevato che il secondo motivo, da esaminare in via preliminare siccome attinente alla regolarità del processo, sia pure prospettato con inesatto riferimento a vizi della motivazione, è manifestamente infondato, poiché risulta giuridicamente corretta l'affermazione che il termine di notificazione del provvedimento del Consiglio dell'ordine è ordinatorio, trattandosi, invero, di termine non previsto a pena di nullità (v., in generale, Cass. SU 7 dicembre 1999 n. 869; 6 agosto 1992 n. 9324; 14 febbraio 1987 n. 1610).

Quanto poi al primo motivo, deve ritenersi decisivo l'accertamento in fatto compiuto dal Consiglio Nazionale, incensurabile in questa sede in considerazione dei rilevati limiti del ricorso a queste Sezioni Unite in materia, secondo cui non è stata data la prova né che esistesse nell'ente un ufficio legale costituente un'unità organica autonoma, né che gli addetti al così chiamato "ramo professionale legale" esercitassero con libertà ed autonomia le loro funzioni di competenza, con sostanziale estraneità dall'apparato amministrativo, in posizione d'indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione.

L'infondatezza del motivo in esame emerge dunque dalla mancanza,

assorbente di ogni altra questione, del presupposto sul quale esso si basa, l'esistenza cioè di un ufficio legale, atteso che, da un alto, la ratio della deroga al regime d'incompatibilità, di cui all'art. 3, ultimo comma lett. b), della legge professionale forense va individuata nell'esigenza di tutelare l'indipendenza della professione e l'autonomia di giudizio e d'iniziativa degli avvocati nella difesa e nel patrocinio degli interessi dei clienti, e, d'altro lato, tale libertà sussiste nel rapporto di lavoro subordinato del professionista con un ente pubblico in quanto la sua attività possa essere esplicata in un autonomo e ben distinto ufficio legale dell'ente medesimo.

D'altra parte, proprio per l'insussistenza di un ufficio legale in senso stretto non può trovare tutela l'aspettativa della dottoressa Graziosi in ordine all'iscrizione all'albo speciale successivamente alla trasformazione dell'ente pubblico ENPAM in ente privato, avvenuta nel dicembre 1995, essendo consequenziale l'inoperatività della sanatoria già prevista per gli enti di credito dall'*art. 3 della legge n. 218 del 30 luglio 1990* (v. Cass. SU 12 giugno 1997 n. 5301), e successivamente estesa agli altri enti pubblici (*DL 21 giugno 1993 n. 198, legge 9 agosto 1993 n. 292 e art. 18 DL 11 luglio 1992 n. 333, legge 8 agosto 1993 n. 359*), né potendosi ritenere influente al riguardo l'invocata disciplina comunitaria di cui all'art. 5 della legge 9 febbraio 1992 n. 31, da intendere come relativa agli avvocati legati da un contratto di lavoro ad un ente comunque corrispondente, giusta il richiamo contenuto in detto articolo cinque, a quelli indicati nell'art. 3, ultimo comma lett. b) della legge professionale.

Il ricorso della Graziosi deve dunque essere rigettato.

Il ricorso proposto dall'ENPAM deve invece essere dichiarato inammissibile, conformemente alle richieste del Procuratore generale in udienza.

Deve, infatti, escludersi la configurabilità del preteso interesse legittimo del datore di lavoro ad una decisione in materia, favorevole al dipendente aspirante all'iscrizione nell'albo speciale, essendo quest'ultima attinente ad un rapporto esclusivo intercorrente tra l'Ordine forense e l'aspirante all'iscrizione medesima, rispetto al quale rapporto l'interesse dell'Ente alla rivendicata posizione giuridica del dipendente ed ai conseguenti riflessi sulla struttura e funzionalità dei propri uffici è un interesse semplice, assolutamente marginale, del tutto estraneo alla speciale disciplina propria della professione legale.

In assenza di controparti, nulla deve essere disporre in ordine alle spese giudiziali.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi, rigetta il principale e dichiara inammissibile l'incidentale. Nulla per le spese.

Così deciso in Roma, il 21 febbraio 2002.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 18 APR. 2002

R.D.L. 27/11/1933 n. 1578, art. 3

L. 22/01/1934 n. 36, epigrafe

L. 30/07/1990 n. 218, art. 3

D.L. 11/07/1992 n. 333, art. 18

L. 08/08/1992 n. 359, epigrafe

D.L. 21/06/1993 n. 198, art. 2

L. 09/08/1993 n. 292, epigrafe

D.Lgs. 30/06/1994 n. 509, art. 1

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza, 18-04-2002, n. 5559

* * *

Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio nazionale forense.

1. - *Premessa.* In questi ultimi tempi vi è stato un particolare «interessamento» per gli avvocati degli enti pubblici iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo ai sensi dell'art. 3, 4° comma, r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, sia da parte dei consigli dell'ordine (e del Consiglio nazionale forense) al fine di accertare eventuali incompatibilità, che da parte degli enti pubblici, i quali tutti vogliono avere il loro «ufficio legale» interno. Questo particolare interessamento è «tangibile» dal numero degli iscritti nell'elenco speciale (3.940 al 31 dicembre 2001, in *Prev. forense*, 2002, fasc. 2, 154), ma anche consultando un repertorio di giurisprudenza (e dottrina) o una qualsiasi banca dati.

La ratio della possibilità di istituzione di un ufficio legale presso l'ente pubblico, trova le sue giustificazioni, da un lato, nel proposito di consentire agli enti — ai quali l'ordinamento giuridico conferisce poteri e prerogative di diritto pubblico, differenziati da quelli propri dei soggetti di diritto privato — di disporre di propri organi tecnico-legali, a somiglianza dell'avvocatura dello Stato; dall'altro, nella presunzione che l'avvocato addetto all'ufficio legale di un ente pubblico, per lo status derivante dal rapporto di impiego pubblico, per le modalità con le quali esercita la sua attività e per gli scopi cui tende il suo datore di lavoro, è esposto a minori rischi di condizionamenti, rispetto al dipendente di enti privati con analoghe funzioni (così, RICCIARDI, *Lineamenti dell'ordinamento professionale forense*, Milano, 1990, 202).

La questione di costituzionalità della normativa dell'art. 3, lett. b), r.d.l. 1578/33, che limita l'attività dei professionisti ad essi addetti alle cause ed agli affari propri dell'ente, è stata ritenuta manifestamente infondata in relazione agli art. 2, 3, 4, 33 e 35 Cost. (Cass., sez. un., 11 aprile 1981, n. 2119, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Avvocato*, n. 14; Cons. naz. forense 26 gennaio 1985, *id.*, Rep. 1986, voce *cit.*, n. 44).

2. - *Ufficio legale presso ente pubblico: condizioni.* A fronte di una generalizzata incompatibilità dell'esercizio professionale forense, e dell'iscrizione nei relativi albi, con qualunque impiego retribuito presso qualsivoglia amministrazione o ente pubblico, prevista dall'art. 3, 2° comma, r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, il 4° comma dello stesso articolo contiene, alla lett. b), un'eccezione per gli avvocati degli uffici legali istituiti presso gli enti pubblici di cui all'indicato 2° comma, con riferimento alle cause ed agli affari propri dell'ente presso il quale essi prestano la propria opera; per tali soggetti è prevista l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo.

Dall'applicazione del menzionato fondamentale principio, è derivato nel tempo che la maggior parte degli enti pubblici, soggetti a tutela o vigilanza da parte dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni, hanno costituito al loro interno uffici legali dotati di rappresentanza giudiziale degli enti medesimi, i cui addetti, se in possesso del titolo professionale di avvocato, oltretutto del corrispondente inquadramento in organico, sono stati iscritti nell'apposito elenco annesso al corrispondente albo, ed hanno esercitato la professione forense limitatamente alle cause ed agli affari propri dell'ente dal quale dipendono.

L'ufficio legale di un ente pubblico postula, però, la costituzione di apposite strutture professionali volte ad espletare direttamente l'attività legale, caratterizzate da una propria autonomia funzionale, dalla responsabilità del singolo professionista verso la struttura burocratica di vertice dell'ente, nonché dall'esistenza di un adeguato supporto amministrativo e tecnico, e di una dotazione di mezzi strumentali, altresì adeguata (Far Lazio, sez. III, 30 novembre 1990, n. 1886, *id.*, Rep. 1991, voce *Impiegato dello Stato*, n. 392).

Ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati (non è necessario il superamento di uno specifico pubblico concorso: Cass. 4 maggio 1989, n. 2094, *id.*, Rep. 1990, voce *Avvocato*, n. 76), l'art. 3, ultimo comma, lett. b), r.d.l. 1578/33, infatti, richiede che presso l'ente pubblico esista un ufficio legale

[OGGI ART. 23
L. 297/12

costituente un'unità organica autonoma (l'ufficio legale deve avere una sua autonomia nell'ambito della struttura dell'ente: Cass., sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10367, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n. 72), e che coloro i quali sono ad esso addetti esercitino con libertà ed autonomia le loro funzioni di competenza, con sostanziale estraneità all'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione (Tar Lazio, sez. II, 24 febbraio 1999, n. 737, *ibid.*, n. 109, che conferma la non assegnabilità di compiti meramente amministrativi; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10178, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 31, in cui si specifica che l'avvocato è comunque assoggettato ai poteri gerarchici dei superiori in relazione al suo status di dipendente pubblico).

È necessario, quindi, ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale, che il dipendente dell'ente pubblico abilitato all'esercizio della professione forense, dimostri (Con. naz. forense 7 maggio 2001, n. 76, *Rass. forense*, 2001, 964; 15 dicembre 2000, n. 278, *ibid.*, 701; 13 dicembre 2000, n. 260, *ibid.*, 700; 14 novembre 2000, n. 152, *ibid.*, 393) che sia addetto all'ufficio legale e sia abilitato a svolgere, nell'interesse dell'ente, in via esclusiva, attività professionale (Cass., sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1268/SU, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 86; 23 giugno 1995, n. 7084, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 47); l'attività professionale va intesa in senso comprensivo sia di quella giudiziaria che di quella extragiudiziaria (Cass., sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10367, *cit.*).

Sulla base dei menzionati principi, è stata ritenuta illegittima (Tar Lazio, sez. II, 23 novembre 1999, n. 2394, *id.*, Rep. 2000, voce *Comune*, n. 623) la disciplina organizzativa di un comune, nella quale l'attività forense risulta accomunata all'attività amministrativa svolta da tutte le altre strutture del comune, ed è posta sullo stesso piano con quelle attribuite al primo settore dell'apparato burocratico comunale, per cui la detta attività e il suo espletamento vengono ad essere gerarchicamente assoggettate ai poteri del dirigente di tale settore, che è titolare della gestione finanziaria tecnica amministrativa (tant'è che è stato ritenuto illegittimo il provvedimento che mira ad imporre agli avvocati dipendenti da un ente pubblico la rilevazione delle presenze, mediante mezzi meccanici: Tar Campania, sez. I, 21 dicembre 1987, n. 668, *id.*, Rep. 1989, voce *Impiegato dello Stato*, n. 624).

L'iscrizione nell'elenco speciale comporta, quindi, da un lato la garanzia che l'attività espletata sia di natura forense, ma dall'altro una specifica limitazione delle facoltà proprie del libero professionista e la sussistenza, rispetto a quest'ultimo, degli obblighi giuridici che scaturiscono dal rapporto di lavoro; pertanto, la professione così esercitata è incompatibile (Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 703, *id.*, 1999, III, 22):

- con la qualifica di impiegato rivestita dall'avvocato;
- con l'osservanza di un orario di lavoro;
- con la sottoposizione al potere superiore di altro avvocato;
- con l'inserimento in un rapporto strutturato gerarchicamente;
- con la non applicabilità delle tariffe professionali.

Per quanto riguarda i profili del pubblico impiego degli iscritti negli elenchi speciali, i legali degli enti pubblici sono, però, assoggettati ai doveri ed alle limitazioni derivanti dal rapporto impiegatizio, ivi compreso il dovere di osservare l'orario di lavoro (Corte cost. 28 luglio 1988, n. 928, *id.*, 1989, I, 3269).

La deroga di cui all'art. 3, lett. b), r.d.l. 1578/33 per gli avvocati degli enti pubblici, non può essere estesa ai praticanti avvocati che siano dipendenti di enti pubblici, e quindi, agli stessi non può essere concesso il patrocinio (anche se limitato) per la trattazione delle cause dell'ente (Cass., sez. un., 15 dicembre 1998, n. 12560, *id.*, Rep. 1999, voce *Avvocato*, n. 94).

3. - *Trasformazione dell'ente pubblico in soggetto di diritto privato: conseguenze.* Poiché l'eccezione di cui al citato art. 3, 4° comma, lett. b), r.d.l. 1578/33 non è prevista per quanto attiene ad enti e società di diritto privato (cui si applica il 3° comma dell'art. 3 r.d.l. 1578/33), ove un ente pubblico subisca la trasformazione in società di diritto privato (anche per gli enti previdenziali privatizzati ai sensi del d.leg. n. 509 del 1994: Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5559, in epigrafe; 28 novembre 2001, n. 15147, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 75) secondo le forme previste dal codice civile, la possibilità di conservare un ufficio legale avente le surrichiamate caratteristiche, viene meno. Attenuazioni di tale conseguenza sono riscontrabili nel

14° comma dell'art. 1 d.l. 5 dicembre 1991 n. 386 (convertito in l. 29 gennaio 1992 n. 35) in materia di trasformazione degli enti pubblici economici, e nell'art. 3, 2° comma, l. 30 luglio 1990 n. 218, in materia di trasformazione degli istituti di credito di diritto pubblico in società per azioni. Nelle norme indicate, sia pure in termini tra loro differenziati, è presente la tutela per i diritti quesiti e gli effetti di leggi speciali riguardanti i dipendenti degli enti pubblici sottoposti a trasformazione in soggetti di diritto privato. In dipendenza di siffatta tutela accordata dalle leggi indicate si è ritenuto, per la salvaguardia dei diritti quesiti dei dipendenti avvocati, già facenti parte degli uffici legali di tali enti, di poter consentire agli stessi l'ulteriore permanenza negli elenchi speciali annessi all'albo, consentendo in tal modo agli enti, ormai divenuti società, di conservare gli uffici legali con rappresentanza giudiziale esterna.

Il professionista dipendente di ente pubblico trasformato in privato, per mantenere l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo professionale deve, però, dimostrare che prima della trasformazione (Cons. naz. forense 22 maggio 2001, n. 90, *Rass. forense*, 2001, 965; 23 ottobre 2000, n. 122, *ibid.*, 136; 20 settembre 2000, n. 82):

- presso l'ente da cui dipendeva era stato istituito un ufficio legale staccato ed autonomo, con specifica trattazione delle cause e degli affari dell'ente;
- che a detto ufficio egli era stato adibito occupandosi in via esclusiva delle cause e degli affari legali dell'ente.

Ovviamente il permanere della descritta situazione è destinato ad esaurirsi nel tempo; infatti, a fronte dell'impossibilità di nuove iscrizioni negli elenchi speciali, gli avvocati che, in quanto dipendenti assegnati agli uffici legali delle società derivate dalla trasformazione dei richiamati enti pubblici, conservano l'iscrizione in detti elenchi, sono destinati, per fatto naturale, quale l'età ed il pensionamento, a ridursi di numero e, conclusivamente, alla totale cancellazione. Conseguentemente gli uffici legali medesimi potranno continuare ad esercitare ed a rappresentare in giudizio tali società fino a quando conserveranno nel proprio organico almeno un avvocato iscritto negli elenchi speciali (in termini, parere del Cons. naz. forense n. 63 dell'ottobre 1995, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)* a cura di V. PANUCCIO, Milano, 1998, 62).

Con specifico riferimento: 1) ai dipendenti della società di assistenza al volo, in termini, parere del Cons. naz. forense n. 68 del novembre 1995, *ibid.*, 73; 2) ai dipendenti della Aem, azienda energetica municipale di Milano, parere del Cons. naz. forense, *ibid.*, 141; 3) ai dipendenti dell'azienda ambientale di pubblico servizio (Aamps), parere del Cons. naz. forense n. 133 del 12 luglio 2000, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1998-2000)* a cura di V. PANUCCIO, Milano, 2001, 106).

Per quanto concerne la posizione del praticante avvocato dipendente da ente pubblico trasformato in privato, sia il Consiglio nazionale forense (parere n. 162 del 23 novembre 2000, *ibid.*, 124) che la giurisprudenza (Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5301, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 67) hanno affermato che per effetto della previsione dell'art. 3 l. n. 218 del 1990 a garanzia dei dipendenti degli enti creditizi pubblici trasformati in s.p.a., sono fatti salvi non solo i diritti quesiti in senso stretto ma anche gli effetti di leggi speciali e quelli rivenienti dall'originaria natura pubblica dell'ente di appartenenza, e quindi la posizione del laureato in giurisprudenza che, quale addetto all'ufficio legale di uno degli enti suddetti, abbia compiuto il prescritto periodo di pratica legale, costituisce un'aspettativa tutelata in ordine alla futura iscrizione nell'albo speciale, fermo il previo riscontro del verificarsi di tutte le relative condizioni (quali il superamento dell'esame di Stato ed il possesso dei prescritti requisiti soggettivi): cfr. anche Cass., sez. un., 7 novembre 2001, n. 13802, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 84; 19 novembre 2001, n. 14538, *ibid.*, n. 87.

In ordine ai riflessi sugli iscritti negli elenchi speciali della cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, si ritiene che la stessa sia influente, atteso che la privatizzazione riguarda soltanto il rapporto di impiego e non il soggetto datore di lavoro (conf. parere del Cons. naz. forense n. 63 dell'ottobre 1995, cit.).

4. - «Status» dell'iscritto nell'elenco speciale. In ordine alla «particolare» posizione degli avvocati degli enti pubblici, con parere n. 42 del maggio 1995 (*I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)*, cit., 37) il Consiglio nazionale

forense afferma che i dipendenti di enti pubblici che si interessano di questioni legali, rivestono da un lato uno *status* istituzionale ricollegabile alle norme che regolano l'avvocatura, e dall'altro quello di pubblici dipendenti. Tale avvocatura è prevista nell'individuazione eccezionale per determinati enti dall'art. 3 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 e successive leggi e modifiche. Tali professionisti possono essere considerati una figura anomala però solo quanto al pubblico impiego. L'anomalia non esiste per quanto concerne l'avvocatura, poiché la norma considera i legali degli enti pubblici avvocati a tutti gli effetti, con la sola eccezionale differenza del cliente unico rappresentato dall'ente. Esiste, quindi, ex art. 3 r.d.l. cit., una duplice veste di tale professionista: una «strumentale» di pubblico dipendente con le attribuzioni e conseguenze; l'altra «essenziale» di avvocato fornito di *ius postulandi* anche se per un unico cliente con ogni ulteriore conseguenza. Questo secondo *status* è prevalente perché speciale nella sua giuridica rilevanza rispetto a quello comune e generale di impiegato (Corte cost. 28 luglio 1988, n. 928, cit.).

L'attività degli avvocati degli enti pubblici, in nulla si differenzia da quella svolta dai professionisti del libero foro se non per il fatto che è espletata al servizio di un unico cliente (cioè l'ente); di conseguenza ancorché inseriti — in quanto dipendenti — nelle strutture burocratiche dell'ente di appartenenza, devono operare in appositi uffici legali strutturati in modo da garantire loro il libero ed autonomo espletamento delle particolari funzioni di competenza, estranee all'apparato amministrativo. Non è lecito, quindi, che l'avvocato svolga per l'ente il disbrigo di pratiche amministrative perché la sua attività deve sempre inerire esclusivamente a compiti ricomprensibili nell'attività forense in senso stretto; l'affidamento di altre funzioni amministrative, ancorché presso lo stesso ente, determina l'insorgere di una causa di incompatibilità, ostativa con il mantenimento dell'iscrizione nell'elenco speciale.

Gli avvocati iscritti all'elenco speciale annesso all'albo, pur svolgendo la loro attività nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, devono essere considerati come facenti parte dell'ordine forense, e così come sono assoggettati agli obblighi ed agli oneri che su ogni avvocato incombono, parimenti ad essi devono essere riconosciuti i diritti ed i poteri che spettano ad ogni avvocato, ivi compreso quello di partecipare alle votazioni per la nomina del consiglio dell'ordine di appartenenza (in termini, Cons. naz. forense 27 maggio 1988, n. 19, *Foro it.*, Rep. 1989, voce cit., n. 28).

5. - *I rapporti interni fra gli avvocati dell'ufficio legale dell'ente.* L'ufficio legale esistente presso l'ente pubblico, a norma dell'art. 3 r.d.l. 1578/33, stante i principi di cui ai precedenti paragrafi, non può essere strutturato su base gerarchica.

Di norma negli uffici legali degli enti pubblici la figura del «dirigente» è sostituita da quella del «coordinatore», il quale coordina il lavoro dell'ufficio, procedendo alla distribuzione degli affari giudiziari sulla base di criteri concordati con gli altri legali dell'ufficio stesso, ed aggiorna il cliente, cioè il rappresentante dell'ente (o chi per lui). Il «coordinatore» non può svolgere alcuna attività esulante dalla specifica giuridica, né avere incarichi, neppure temporanei, attinenti ad altri settori, e non può assumere iniziative o decisioni per quanto concerne l'ambito del rapporto di lavoro avvocato-ente, in quanto totalmente esulante dalle sue competenze, essendo demandate al rappresentante legale dell'ente.

Il «coordinatore», oltre al compito della distribuzione e di aggiornamento del «cliente» (e cioè il rappresentante dell'ente) sull'andamento degli affari giudiziari in corso, non può imporre strategie difensive ai colleghi, né sindacare le stesse (il rappresentante dell'ente non può delegare al «coordinatore» le attività relative allo svolgimento del rapporto di pubblico impiego degli avvocati componenti dell'ufficio legale).

Il «coordinatore» non può interferire nelle scelte difensive dei singoli colleghi dell'ufficio, esulanti totalmente da ogni e qualsiasi forma di controllo o di intervento «correttivo». Né può intervenire sulle modalità di esecuzione dell'incarico (es., permanenza fuori dell'ufficio presso gli uffici giudiziari, finanziari, trasferte ed altro), o sindacarne la necessità o meno della trasferta, anche se è necessario, per l'avvocato, segnalare all'ente la trasferta e/o assenza dall'ufficio (es., per malattia), attinente quest'ultimo aspetto al suo *status* di dipendente pubblico.

6. - *Ius postulandi dell'iscritto nell'elenco speciale.* In ordine allo *ius*

postulandi dell'iscritto nell'elenco speciale, si è affermato che lo stesso non è legittimato al patrocinio diretto per la tutela giudiziaria di una causa personale. Infatti, si è affermato che gli avvocati iscritti negli elenchi speciali non possono stare in giudizio senza il ministero di un difensore in una controversia che li veda contrapposti all'ente datore di lavoro: Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2000, n. 3023, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 87; Tar Puglia, sez. Lecce, 8 febbraio 1990, n. 145, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 40; e ciò in quanto può esercitare la professione forense limitatamente agli affari ed alle cause dell'ente da cui dipende, non essendo ammessa alcuna deroga, in quanto la norma non è suscettibile di interpretazione estensiva (parere Cons. naz. forense n. 152 del giugno 1997, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)*, cit., 177). *Contra*, per la facoltà di assumere personalmente il patrocinio, riconosciuta dall'art. 86 c.p.c. al soggetto che ne abbia le qualità necessarie, agli avvocati che, in quanto dipendenti di enti pubblici, siano iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo professionale di cui all'art. 3 r.d.l. 1578/33, purché agiscano o siano convenuti in proprio, Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 1996, n. 1010, *Foro it.*, 1997, III, 264; Trib. Napoli 2 dicembre 1994, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 42; Tar Emilia-Romagna 15 aprile 1985, n. 164, *id.*, Rep. 1986, voce *Procedimento civile*, n. 61.

Si è specificato (Pret. Latina 22 ottobre 1979, *id.*, Rep. 1982, voce *Esercizio abusivo di una professione*, n. 17) che l'eventuale esercizio professionale per la difesa di una causa personale, integra un illecito disciplinare ma non il reato di esercizio abusivo della professione previsto dall'art. 348 c.p.

Sulla base dei menzionati principi, è stata data risposta negativa (parere Cons. naz. forense n. 153 del 26 ottobre 2000, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1998-2000)*, cit., 118) al quesito circa la possibilità di un avvocato dipendente di un comune iscritto nell'elenco speciale, di assumere il patrocinio anche nell'interesse di altri comuni (anche dopo l'art. 24, comma 3 *bis*, l. n. 142 del 1990), atteso che l'eccezione al regime ordinario di cui all'art. 3 r.d.l. 1578/33 è limitata all'espletamento dell'attività professionale esclusivamente in favore dell'ente presso il quale i legali prestano la loro opera.

Poiché gli avvocati dipendenti da enti pubblici sono abilitati unicamente al patrocinio per le cause e gli affari dell'ente presso il quale prestano la loro opera, il rilascio della procura ha effetto esclusivamente per la durata del sottostante rapporto di pubblico impiego e viene meno col cessare di questo, senza alcuna ultrattività (Cass., sez. un., 19 giugno 2000, n. 450/SU, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Avvocato*, n. 83; 6 giugno 2000, n. 418/SU, *ibid.*, n. 81).

7. - *I dipendenti delle aziende sanitarie (Asl)*. In ordine all'iscrizione all'albo speciale degli avvocati dei dipendenti delle aziende sanitarie locali (Asl), il Consiglio nazionale forense, con parere n. 6 del novembre 1994, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)*, cit., 6, afferma che un dipendente del ruolo amministrativo (a prescindere dalla posizione funzionale e dal livello) non può iscriversi all'albo speciale degli avvocati e non può esercitare in favore dell'ente il patrocinio legale. Ciò non solo per l'assenza di un ufficio legale interno, ma anche per difetto di autonomia degli uffici di gestione amministrativa. Con successivo parere n. 47 del giugno 1995 (*ibid.*, 44) afferma che qualora l'ufficio legale della Usl non fosse costituito secondo i requisiti di legge, gli avvocati iscritti si troverebbero in una situazione di incompatibilità; conseguentemente, ai sensi dell'art. 37, 10° comma, della legge professionale, e previa audizione degli interessati, il consiglio dell'ordine dovrebbe provvedere alla cancellazione. È stata esclusa (parere del Cons. naz. forense n. 109 del novembre 1996, *ibid.*, 125), poi, l'iscrizione nell'albo speciale dei dipendenti della Usl, in presenza di pianta organica che prevede due sole figure di ruolo, e con qualifica relativa ad attività amministrativa di tipo istruttorio e propedeutico. È necessario, per l'iscrizione, il posto in organico (parere del Cons. naz. forense n. 117 del novembre 1996, *ibid.*, 130).

8. - (segue): *I dipendenti delle Ferrovie e dell'Enel*. La possibilità di consentire la permanenza nell'elenco speciale degli appartenenti agli uffici legali degli enti pubblici trasformati in privati, quale le Ferrovie e l'Enel, è stata risolta positivamente dal Consiglio nazionale forense, sia pure con alcune specificazioni, con parere n. 31 dell'aprile 1995 (*ibid.*, 28); in tale parere si afferma che con il principio ormai

Stampa il contenuto dei documenti selezionati nella lista

diffuso ed accettato dalla privatizzazione di molti enti pubblici, si è arrivati alla loro trasformazione in s.p.a.: e così è avvenuto per banche, ferrovie, ecc. Le disposizioni legislative di ordine generale fanno salvo il riconoscimento dei diritti quesiti in alcuni casi chiamati «rinvenienti», come nella l. n. 218 del 1990 in materia di banche. La situazione viene cristallizzata soggettivamente per il professionista dell'ex ente pubblico al momento della trasformazione con la delibera, e quindi con la nascita della nuova s.p.a. Viene così tutelata la permanenza dei professionisti in un elenco speciale «ad esaurimento» per tutti quelli che al momento della giuridica trasformazione erano procuratori, ovvero avvocati, ovvero cassazionisti con divieto, evidente e conseguente alla ripristinata pienezza di giuridica valenza dell'art. 3 della legge professionale, di modificazioni di qualifiche, nuove assunzioni, ecc. Una volta esauritisi i nominativi dell'elenco speciale, questo scompare dal panorama professionale, e in qualunque momento ove ne abbia bisogno, anche anteriore alla eliminazione dell'elenco, la s.p.a. dovrà rivolgersi ai professionisti dell'albo libero.

9. - *Tassa annuale d'iscrizione all'albo.* Per quanto concerne il quesito se il pagamento della tassa annuale d'iscrizione all'ordine, per gli avvocati iscritti nell'elenco speciale, faccia carico agli stessi o agli enti, la risposta del Consiglio nazionale forense (parere n. 95 del giugno 1996, *ibid.*, 104) è stata nel senso che nei rapporti con l'ordine, ai fini del pagamento dei contributi, l'unica posizione rilevante è quella personale dell'iscritto che deve il contributo, restando del tutto estranea la relazione tra l'avvocato e l'ente.

10. - *Casistica di incompatibilità.* È stata ritenuta l'insussistenza del diritto ad essere iscritto nell'elenco speciale (oltre all'ampia casistica riportata da RICCIARDI, *Lineamenti dell'ordinamento professionale forense*, cit., 206 ss.):

— all'avvocato dipendente da una federazione regionale delle casse rurali ed artigiane e da una cassa di risparmio, atteso che la possibilità di esercitare la professione forense, sia pure nell'ambito di un elenco speciale ex art. 3 r.d.l. 1578/33, è considerata un'eccezione, nella quale non sono comprese né le federazioni delle casse rurali, né una cassa di risparmio genericamente indicata (parere Cons. naz. forense n. 26 del marzo 1995, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)*, cit., 1998, 24);

— per l'avvocato assunto dal comune con la qualifica funzionale di dirigente del settore finanze con l'obbligo di fornire la propria collaborazione funzionale al settore avvocatura per il contenzioso relativo al servizio tributi (parere del Cons. naz. forense n. 139 del maggio 1997, *ibid.*, 161);

— per l'avvocato che ricopra la carica di segretario generale del comune, in quanto non risulta addetto all'ufficio legale dell'ente (parere del Cons. naz. forense n. 141 del maggio 1997, *ibid.*, 163). L'incompatibilità sussiste anche dopo la nuova configurazione del segretario comunale come emerge dai commi 67 ss. dell'art. 17 l. 127/97 (parere del Cons. naz. forense n. 179 del novembre 1997, *ibid.*, 201). L'incompatibilità è stata confermata con parere del Cons. naz. forense n. 21 del 14 marzo 1998 (in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1998-2000)*, cit., 20), con ulteriore specificazione, nel senso che l'iscrizione all'elenco speciale non è possibile ove non sia prova che l'esercizio dell'attività legale possa essere espletato con sufficiente indipendenza ed autonomia equiparabile, nel rispetto del rapporto di lavoro subordinato, a quella prevista come indispensabile requisito per l'esercizio della libera professione;

— per l'avvocato che faccia parte dell'ufficio legale, regolarmente costituito, la cui pianta organica è già coperta; e ciò perché tra i requisiti per l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati, occorre oltre che la costituzione di un ufficio legale, anche la previsione nella pianta organica del posto disponibile (parere Cons. naz. forense n. 144 del maggio 1997, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1994-1997)*, cit., 166);

— per l'avvocato dipendente dalle Ferrovie dello Stato, in quanto la società, pur esercitando un servizio di pubblico interesse, e pur essendo sottoposta a controllo da parte dello Stato, non rientra nella categoria degli enti di diritto pubblico indicati nel 2° comma dell'art. 3 r.d.l. 1578/33 (parere Cons. naz. forense n. 11 del gennaio 1998, in *I pareri del Consiglio nazionale forense (1998-2000)*, cit., 12). Si è però precisato (parere Cons. naz. forense n. 50 del 28 novembre 1998, *ibid.*, 39) che per la

Cassazione civile sez. un. 15 settembre 2010 n. 19547

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente -
Dott. PREDEN Roberto - Presidente di sezione -
Dott. ALTIERI Enrico - Presidente di sezione -
Dott. MAZZIOTTI DI CELSO Lucio - Consigliere -
Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere -
Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -
Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere -
Dott. DI CERBO Vincenzo - rel. Consigliere -
Dott. D'ALESSANDRO Paolo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 4379/2010 proposto da:

P.L.M. ((OMISSIS)), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. CARDUCCI 4, presso lo studio dell'avvocato MORBIDELLI Giuseppe, che la rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI STENA, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI SIENA;

- intimati -

avverso la decisione n. 112/2009 del CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, depositata il 11/11/2009;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 25/05/2010 dal Consigliere Dott. VINCENZO DI CERBO;

uditi gli avvocati Elisa BURLAMACCH, per delega dell'avvocato Giuseppe Morbidelli;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decisione depositata in data 11 novembre 2009 il Consiglio Nazionale Forense ha respinto il ricorso proposto dall'avvocato P.L.M. avverso la delibera del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (COA) di Siena con la quale era stata disposta la cancellazione della stessa dall'Elenco Speciale annessa all'Albo degli avvocati per sopravvenuta carenza dei requisiti di cui al R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 3, comma 4, lett. b).

La ricorrente, dipendente della banca Monte dei Paschi di Siena, era stata iscritta nell'albo speciale degli avvocati addetti a uffici legali di enti locali e istituti di diritto pubblico annesso all'albo degli avvocati di Siena. A decorrere dal 2 gennaio 2007 la stessa era stata destinata all'area territoriale Sicilia della banca e, in particolare, assegnata allo "staff qualità credito e legale", settore assistenza legale, con compiti di assistenza e consulenza legale e contrattuale alle strutture dell'area e alle filiali.

Il Consiglio nazionale forense confermava la delibera di consiglio dell'ordine degli avvocati di Siena secondo la quale, a seguito del trasferimento all'area territoriale Sicilia della banca, erano venuti meno i requisiti di autonomia oggettiva e soggettiva previsti dalla norma sopra citata.

Per la cassazione di tale decisione propone ricorso l'avvocato P.L.M. affidato a due motivi.

Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Siena e il Consiglio Nazionale forense sono rimasti intimati.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Col primo motivo la ricorrente denuncia contraddittorietà e insufficienza della motivazione su un punto decisivo della controversia nonchè violazione dell'art. 111 Cost., comma 6.

Contesta in particolare la decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto che la struttura alla quale la stessa è addetta sarebbe diversa dall'ufficio legale sia per collocazione territoriale che per dipendenza gerarchica e perciò priva di autonomia oggettiva;

contesta altresì l'affermazione secondo la quale la ricorrente non sarebbe soggettivamente dotata della necessaria autonomia professionale in quanto curerebbe, oltre agli aspetti strettamente legali, anche quelli gestionali. Le suddette conclusioni non sarebbero supportate, ad avviso della ricorrente da motivazione logica, adeguata e sufficiente. Con riferimento alla ritenuta carenza del requisito dell'autonomia soggettiva richiesto dalla legge professionale deduce che tale conclusione sarebbe stata erroneamente desunta da una estrapolazione parziale e fuorviante di quanto affermato dalla ricorrente in sede di deduzioni scritte presentate al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Siena in data 14 novembre 2007. Sostiene che un corretto esame della documentazione disponibile avrebbe dimostrato che la ricorrente svolge la medesima attività professionale autonoma che svolgeva presso l'ufficio legale centrale della banca.

Col secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 3, comma 4, lett. b.

Deduce che diversamente da quanto ritenuto della decisione impugnata, ciò che rileva ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale annessa all'albo non sono la denominazione dell'ufficio in cui l'avvocato svolge la propria attività oppure il suo inquadramento formale e territoriale, ma piuttosto il profilo sostanziale funzionale, ossia l'attività in concreto svolta e le sue modalità operative. In altre parole è sufficiente che, da un lato, l'avvocato eserciti esclusivamente attività legale in piena autonomia e libertà, e, dall'altro, che l'ufficio cui egli è preposto costituisca unità organica autonoma a prescindere da qualsiasi denominazione o qualificazione formale.

I due motivi, che devono essere esaminati congiuntamente in quanto logicamente connessi, sono infondati.

A norma del R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 3, comma 4, lett. b, (Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore), l'iscrizione di avvocati e procuratori dipendenti, come nel caso di specie, di istituti di credito di diritto pubblico, nell'elenco speciale annesso all'albo ordinario presso il Consiglio dell'Ordine locale presuppone che gli stessi prestino la loro attività negli uffici legali organicamente istituiti come tali presso tali istituti "per quanto concerne le cause e gli affari inerenti all'ufficio a cui sono addetti".

Tale disposizione è stata interpretata (Cass. S.U. 23 giugno 1995 n. 7084) nel senso che l'iscrizione nell'elenco 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 all'attività di assistenza e rappresentanza e difesa dell'ente lo stesso svolga mansioni amministrative o, comunque di natura diversa.

Tutto ciò premesso deve osservarsi che l'impugnata decisione del Consiglio Nazionale Forense ha accertato, sulla base delle allegazioni offerte dalla stessa P., che la stessa, in base all'ampia delega ricevuta dal direttore generale, curava oltre agli aspetti strettamente legali, anche quelli gestionali. In particolare, la decisione impugnata ha osservato che nelle sue deduzioni scritte in data 14 novembre 2007 l'avv. P. aveva ammesso di svolgere attività di coordinamento delle attività di uffici, funzioni e strutture, di curare l'esecuzione delle attività di carattere legale- operativo nell'interesse delle strutture dell'Area territoriale e di essere abilitata, tra l'altro, alla firma di atti... titoli, valori, carte e corrispondenza per l'area territoriale Sicilia della Banca Monte dei Paschi. Si tratta, ad avviso della decisione impugnata, di attività gestionali sicuramente incompatibili con l'iscrizione nell'elenco speciale degli avvocati e procuratori dipendenti da enti pubblici.

Le suddette conclusioni resistono agevolmente alle censure di cui al ricorso.

In primo luogo è infondata la censura con la quale viene denunciata la sussistenza di una violazione di legge e, più precisamente, del R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 3, comma 4, lett. b. Ed infatti la decisione impugnata, nell'attribuire valore decisivo al rilievo dell'incompatibilità dello svolgimento delle attività gestionali emerse dal suddetto documento con l'iscrizione dell'avv. P. nell'elenco speciale, ha fatto corretta applicazione del principio di diritto sopra enunciato che individua nell'esclusività dell'attività di assistenza, rappresentanza e difesa dell'ente pubblico un requisito imprescindibile per la sussistenza del diritto all'iscrizione nei suddetto albo.

In relazione alle suddette conclusioni devono pertanto considerarsi assorbiti gli altri profili della censura, in particolare quelli concernenti le affermazioni, contenute nella sentenza impugnata, relative alla collocazione territoriale dell'ufficio al quale è addetta la ricorrente.

E' altresì priva di pregio la censura concernente il vizio di motivazione (ammissibile a norma dell'art. 360 cod. proc. civ., u.c., nella formulazione introdotta dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 2), atteso che le conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio Nazionale Forense sono basate, contrariamente all'assunto della ricorrente, su motivazione sufficiente e priva di vizi logici. In particolare la decisione è imperniata su affermazioni contenute in documenti provenienti dalla stessa ricorrente e testualmente riportate; il carattere sostanzialmente univoco di tali affermazioni non lascia spazio ad equivoci interpretativi. E non giova alla tesi sostenuta nel motivo di ricorso ricordare che nello stesso documento esaminato dalla decisione impugnata si evidenzia lo svolgimento di tutta una serie di compiti che devono essere ricompresi nell'ambito dell'attività di assistenza, rappresentanza e difesa dell'ente pubblico, atteso che ciò che rileva ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale

de quo è l'esclusività di tale attività, che nella specie è mancata per le ragioni prima riferite e cioè perchè ai suddetti compiti, nel caso di specie, si sono aggiunte attività gestionali.

Il ricorso deve essere in definitiva rigettato.

Nessuna pronuncia va emessa in ordine alle spese del presente giudizio di legittimità, in quanto nessuno degli intimati ha svolto una qualsiasi attività processuale.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso; nulla spese.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 25 maggio 2010.

Depositato in Cancelleria il 15 settembre 2010

