

ORDINE AVVOCATI MODENA

FOGLIO DA FAR PARTE INTEGRANTE DEL VERBALE DELLA SEDUTA CONSILIARE
DEL 18 DICEMBRE 2018

Il consigliere Juri Rudi,

PREMESSO CHE

- ai sensi dell'art. 23 Legge professionale, l'iscrizione all'elenco speciale dell'albo presuppone:

- 1) che l'attività professionale sia svolta presso un **"ente pubblico"** (Consiglio Nazionale Forense pres. Mascherin, rel. Del Paggio, sentenza del 13 luglio 2017, n. 94);
- 2) che l'avvocato svolga la propria attività professionale **"esclusivamente"** in favore di detto ente pubblico (Consiglio Nazionale Forense, pres. f.f. Logrieco, rel. Savi, sentenza del 21 novembre 2017, n. 182);
- 3) che l'avvocato sia formalmente **incardinato** presso l'ente pubblico (Corte Costituzionale sentenza n. 91/2013), ovvero in forza di **contratto di lavoro dipendente** (Consiglio Nazionale Forense, pres. f.f. Cricri'e rel. Ruggeri, sentenza del 23 aprile 2004, n. 82, nonché Consiglio nazionale forense rel. Salazar, 26 aprile 2017, n. 29), giacché "l'attuazione del disposto di cui all'art. 2 comma 12 della L. 244/2007 deve quindi avvenire nel pieno rispetto della L. 247/2012, ed in particolare della previsione secondo cui gli avvocati dipendenti da enti pubblici possono svolgere attività professionale solo in relazione agli affari propri dell'ente presso il quale sono incardinati, secondo l'interpretazione stretta più volte ribadita dalla giurisprudenza" (TAR Lombardia – Milano, Sez. III, sentenza del 26 agosto 2016, n. 1608, confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, pres. Severini e rel. Perotti, sentenza del 7 giugno 2017, n. 2731)

CONSIDERATO CHE

- la citata disciplina (art. 23 L. n. 247/2012): **a)** è di stretta interpretazione, **b)** non è applicabile estensivamente e **c)** prevale su ogni altra norma di pari rango (Corte di Cassazione, pres. Di Cerbo, rel. Blasutto, sentenza n. 7992 del 30 marzo 2018)

RITENUTO CHE

- nella specie, la Convenzione per la costituzione dell'Ufficio Unico Avvocatura della provincia di Modena è una **convenzione aperta con possibilità di adesioni successive**, giacché “alla convenzione potranno aderire altri comuni del territorio provinciale e che il servizio in oggetto potrà essere svolto anche a favore di altri comuni” (art. 9 Convenzione);
- “il modello operativo risulta, invece, in contrasto con la disciplina dell’ordinamento forense, e con lo stesso art. 2 comma 12 della L. 244/2007, avendo di fatto previsto non già un ufficio unico tra più enti, bensì una **convenzione aperta con possibilità di adesioni successive**, in base alla quale si mette a disposizione degli altri enti l’Avvocatura [...], i cui avvocati assegnati tratterebbero così gli affari legali degli enti convenzionati, in palese contrasto con l’art. 23 della L. 247/2012” (TAR Lombardia – Milano, Sez. III, sentenza del 26 agosto 2016, n. 1608, confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, pres. Severini e rel. Perotti, sentenza del 7 giugno 2017, n. 2731)

Ciò premesso, considerato e ritenuto, il cons. Rudi precisa come segue le proprie

INTENZIONI DI VOTO

- A) Le colleghe andrebbero cancellate dall'attuale elenco speciale, perché 1) l'ufficio legale della provincia non esiste più e 2) le colleghe stesse esercitano la propria attività per un ente diverso;
- B) Le colleghe non potrebbero neppure essere iscritte nell'elenco speciale quali avvocati dell'Ufficio Unico Avvocatura, perché -quand'anche questo fosse effettivamente un ente pubblico- le colleghe stesse sono dipendenti di un diverso ente pubblico.
- C) In via subordinata, cioè quand'anche si ritenesse che le colleghe possano essere dipendenti della provincia e svolgere la propria attività “esclusiva” in favore di un “Ufficio Unico”, nella specie quest'ultimo non appare comunque conforme al dettato normativo.

Si allega: 1) copia circolare CNF.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il Presidente
Avv. Andrea Mascherin

Roma, 28 febbraio 2017



Numero di protocollo AMM28/02/17 028109U

Ill.mo Ing. **Antonio Decaro**

Presidente ANCI
Associazione nazionale comuni italiani

Via dei Prefetti, 46
00186 Roma

Oggetto: *attribuzione di incarichi dirigenziali al dirigente dell'avvocatura civica "senza vincolo di esclusività"; comunicazioni ANCI 11 gennaio 2017 (Prot. 4/VSG/SD/AB/ag-17) e 7 febbraio 2017 (Prot. 12/VSG/SD/ag-17).*

Illustre Presidente,

invio in allegato un approfondimento dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense in relazione alla questione in oggetto.

L'occasione è gradita per inviarLe i miei più cordiali saluti.

Il Presidente
Avv. Andrea Mascherin

Roma
via Arenula n. 71 – via del Governo Vecchio, 3
www.consiglionazionaleforense.it



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

Attribuzione di incarichi dirigenziali al dirigente dell'avvocatura civica "senza vincolo di esclusività"; comunicazioni ANCI 11 gennaio 2017 (Prot. 4/VSG/SD/AB/ag-17) e 7 febbraio 2017 (Prot. 12/VSG/SD/ag-17).

Roma, 28 febbraio 2017

1. Con note dell'11 gennaio 2017 (Prot. 4/VSG/SD/AB/ag-17) e del 7 febbraio 2017 (Prot. 12/VSG/SD/ag-17), l'ANCI ha rappresentato al CNF la propria interpretazione dell'art. 1, comma 221, della legge n. 208/2015.

Tale disposizione, al fine di garantire la maggior flessibilità della figura dirigenziale, prevede tra l'altro che ai dirigenti dell'avvocatura civica l'incarico dirigenziale possa essere attribuito senza vincolo di esclusività. Ne conseguirebbe – secondo ANCI – che, ai sensi della predetta normativa, al dirigente dell'Avvocatura civica potrebbe essere attribuito altro incarico dirigenziale, venendo meno – per l'effetto – l'esclusiva adibizione alla trattazione degli affari legali dell'ente, condizione richiesta in via necessaria ed inderogabile dall'art. 23 della legge 21 dicembre 2012, n. 247, ai fini dell'iscrizione nell'Elenco speciale degli Avvocati dipendenti di enti pubblici. Secondo l'ANCI, tuttavia, la previsione di cui all'art. 1, comma 221, della legge n. 208/2015 si porrebbe in rapporto di specialità rispetto alla disciplina "generale" di cui all'art. 23 della legge n. 247/12, per cui il soggetto potrebbe conservare l'iscrizione nell'Elenco speciale e, conseguentemente, lo *jus postulandi*.

2. Sulla questione è già intervenuta, con parere n. 56 del 20 aprile del 2016 (reso su quesito del COA di Sciacca), la Commissione Consultiva di questo Consiglio. In particolare, la Commissione ha affermato che "l'art. 23 della l. 247/2012 è norma speciale in quanto deroga al regime delle incompatibilità tra pubblico impiego ed esercizio della professione di avvocato dalla stessa legge disciplinato. Detta norma prevale pertanto sulla legge di stabilità del 2016, con la conseguenza che il venir meno del requisito dell'esclusività non consente la permanenza del dipendente nell'elenco speciale annesso all'albo professionale degli avvocati".

3. Giova ricordare che il carattere di norma speciale (*rectius*: eccezionale, in quanto derogatoria rispetto al regime delle incompatibilità con l'esercizio della professione di avvocato, previsto in via tassativa dalla legge) dell'art. 3 del R.D.L. n. 1578/33 e dell'art. 23 della legge n. 247/12 è stato confermato dalla stessa **Corte costituzionale**, con la sentenza n. 91/2013. In tale decisione, viene infatti adesivamente richiamato il consolidato orientamento della Corte di cassazione, "che attribuisce alla deroga prevista dall'art. 3, quarto comma, lettera b), del regio decreto-legge citato, carattere di **norma eccezionale**, stante appunto la sua natura derogatoria rispetto al principio generale di incompatibilità", con la conseguenza che "tale previsione è stata perciò assoggettata a regole di stretta



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

interpretazione e ritenuta insuscettibile di applicazione analogica" (C. Cost., sent. n. 91/2013, *Cons. dir.*, par. 3.1).

Nella medesima decisione viene inoltre ribadito che "gli avvocati dipendenti di enti pubblici sono abilitati alla «trattazione degli affari legali dell'ente stesso», **a condizione che siano incardinati in un ufficio legale stabilmente costituito e siano incaricati in forma esclusiva dello svolgimento di tali funzioni**" (C. Cost., sent. n. 91/2013, *Cons. dir.*, par. 3.2).

La specialità della disciplina dell'ordinamento forense è stata di recente ribadita da TAR Lombardia, 26 agosto 2016, n. 1608 (avverso la quale attualmente pende giudizio di impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato), [redacted] disciplina dell' [redacted] costituisce una legislazione [redacted] tale non può [redacted] ne nel caso dedotto in giudizio, una disposizione contenuta nella Legge n. 244/2007, finanziaria per il 2008 (Diritto, par. VI).

4. Secondo una consolidata tradizione normativa, dunque, l'ente deve costituire un ufficio legale autonomo nell'ambito della propria pianta organica ed inquadrare gli addetti all'ufficio legale in via esclusiva allo svolgimento delle funzioni legali di competenza, in piena libertà ed autonomia. Tali principi sono 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. 19547/10, 28049/08, 14213/05, 5559/02, 10367/98).

Gli stessi principi sono affermati nella giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense, sia anteriore alla Legge n.247/12 (cfr. sent. 21.2.2011, n.10, n.11, n.12; 1.4.2004, n. 61; 13.12.2000, n. 260), sia successiva.

Si legge a tale riguardo nella sentenza n. 114 del 22 luglio 2015 che: "L'iscrizione nell'Elenco Speciale annesso all'Albo, nei limiti consentiti dall'art. 3 del R.D.L. n. 1578/1933(ora 18 L. n. 247/2012), presuppone il concorso di tre elementi imprescindibili: (i) deve esistere, nell'ambito strutturale dell'ente pubblico, un ufficio legale che costituisca un'unità organica autonoma; (ii) colui che richiede l'iscrizione – in possesso, ovviamente, del titolo abilitativo all'esercizio professionale (*conditio facti soggettiva*) – faccia parte dell'ufficio legale e **sia incaricato di svolgervi tale attività professionale, limitatamente alle cause ed agli affari propri dell'ente**; infine, (iii) **la destinazione del dipendente-avvocato a svolgere l'attività professionale presso l'ufficio legale deve realizzarsi mediante il suo stabile inquadramento**. Costituiscono, poi, corollari di tali principi le ulteriori circostanze costituite dalla sostanziale estraneità del richiedente rispetto all'apparato amministrativo-burocratico dell'Ente in posizione di indipendenza e di autonomia, con esclusione di ogni attività di gestione allo scopo di evitare qualsiasi rischio di condizionamento nell'esercizio della sua attività professionale (in tal senso anche CNF n. 158 del 29 novembre 2012; n. 133 del 27 novembre 2009)".



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

La necessaria attribuzione in via esclusiva della trattazione degli affari legali dell'ente è stata ribadita dalla richiamata pronuncia del TAR Lombardia, n. 1608/2016, a mente della quale "gli avvocati dipendenti di enti pubblici sono abilitati alla «trattazione degli affari legali dell'ente stesso» a condizione che siano incardinati in un ufficio legale stabilmente costituito e siano incaricati in forma esclusiva dello svolgimento di tali funzioni" (Diritto, par. VI).

In sintesi, dunque, la giurisprudenza sopra richiamata ha statuito che ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati, l'art. 3, ultimo comma, lett. b) R.D.L. n. 1578/33 richiede che presso l'ente pubblico esista un ufficio legale costituente un'unità organica autonoma, e che coloro i quali sono ad esso addetti esercitino l'attività professionale in condizioni di sostanziale estraneità all'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione.

Detti principi sono stati trasfusi nell'art. 23 della L. n. 247/2012, il quale conferma – con norma speciale – che per l'iscrizione nell'elenco annesso all'albo degli avvocati sono requisiti imprescindibili l'inserimento in apposito ufficio legale dell'ente pubblico con assegnazione in via esclusiva e stabile delle mansioni di avvocato.

L'art. 1, comma 221, della L. n. 208/2015, che prevede il conferimento anche non in via esclusiva dell'incarico di dirigente avvocato dell'avvocatura civica, non può però essere interpretato nel senso di consentire una deroga ai suddetti requisiti, diretti ad assicurare l'indipendenza e la libertà dell'avvocato, affermate dall'art. 2, c. 1, della L.P. quali valori fondamentali e quindi inderogabili della professione forense.

5. Alla luce di quanto sin qui esposto non è possibile condividere l'orientamento interpretativo sostenuto dall'ANCI.

Anzitutto, come correttamente sostenuto dalla Commissione consultiva (anche alla luce del richiamato orientamento della Corte costituzionale, della giurisprudenza di legittimità e di quella amministrativa), il rapporto tra l'art. 1, comma 221 della legge n. 208/15 e l'art. 23 della legge n. 247/12 va declinato in termini di specialità, ma non nel senso affermato dall'ANCI: non è, cioè, l'art. 1, comma 221 a porsi quale norma speciale in relazione alla disciplina "generale" di cui all'art. 23 della legge n. 247/12 ma è semmai vero il contrario. È infatti quest'ultima disposizione che, afferendo all'ordinamento sezionale della professione forense, detta i criteri e le condizioni di validità per l'iscrizione negli Albi e negli Elenchi speciali degli Avvocati, ponendosi quale norma speciale (*rectius*: eccezionale) rispetto alla disciplina dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (cfr. Corte cost. cit.).

Si tratta, in altri termini, di due norme speciali; l'una rispetto alla normativa di settore che disciplina l'impiego pubblico presso le amministrazioni locali; l'altra rispetto alle previsioni generali in tema di libertà professionale e statuto giuridico dell'avvocato.

Ne consegue che, ove l'Amministrazione disponesse la preposizione del dirigente dell'Avvocatura civica ad ulteriore incarico dirigenziale, ciò comporterebbe inevitabilmente la cancellazione del soggetto dall'elenco speciale di cui all'art. 23 della legge n. 247/12, la



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

perdita dello *ius postulandi*, e la perdita della stessa posizione di dirigente dell'Ufficio legale: **tale conseguenza, pur affermata dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza dell'art. 3, RDL 1578/1933 (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2010, n. 35; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7), è oggi ribadita in modo inequivocabile dall'art. 23, co. 2, L. 247/2012, che nel fornire la nuova disciplina degli uffici legali degli enti pubblici, ha cura di precisare che "la responsabilità dell'ufficio è affidata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i principi della legge professionale"**. La direzione dell'Ufficio legale non può pertanto che essere assegnata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale e preposto in via esclusiva alla trattazione degli affari legali dell'ente.

Ad ulteriore conferma della natura speciale dell'art. 23, L. cit., e quindi della sua inderogabilità, soccorre il tenore testuale del richiamato comma 221, con particolare riguardo alla esplicita clausola di esclusione dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 1, comma 5 della legge n. 190/2012, che consente per l'effetto una deroga al principio della rotazione degli incarichi dirigenziali nei settori di amministrazione particolarmente esposti alla corruzione, ove le dimensioni dell'ente non consentano di rispettarlo.

Tale esplicita esclusione conferma che, ove il legislatore ha voluto, ha indicato espressamente le norme speciali che non si applicano al fine di garantire la finalità di maggior flessibilizzazione degli incarichi dirigenziali. **Così non ha fatto per l'art. 23 della legge professionale forense**: rimane pertanto necessario, ai fini dell'iscrizione nell'Elenco speciale, lo svolgimento in via esclusiva, da parte del dirigente, delle funzioni di avvocato dell'ente pubblico. Ne consegue che, come già affermato dalla Commissione consultiva nel parere n. 56/2016, "il venir meno del requisito dell'esclusività non consente la permanenza del dipendente nell'elenco speciale annesso all'albo professionale degli avvocati".

6. Pertanto, pur a fronte della vigenza dell'art. 1, comma 221, della legge n. 208/2015, il venir meno dell'esclusività nella trattazione degli affari legali dell'ente, conseguente all'attribuzione contestuale di altro incarico dirigenziale (e allo svolgimento della relativa attività di gestione), priva l'iscritto di uno dei requisiti essenziali che ne giustificano l'iscrizione nell'Elenco speciale, con conseguente impossibilità del permanere dell'iscrizione.

Prof. Avv. Giuseppe Colavitti
(Coordinatore Ufficio studi CNF)