

Azienditalia

IL PERSONALE

Mensile di gestione e amministrazione del personale degli enti locali

ENTI LOCALI

www.edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale

10
2017

**Gli uffici unici di Avvocatura:
l'orientamento del Consiglio di Stato**

**Le nuove visite mediche di controllo
dopo la nascita del Polo Unico INPS**

**Nuove assunzioni: prevalenza
della mobilità volontaria rispetto
allo scorrimento delle graduatorie vigenti**

**La valutazione degli aspetti qualitativi
della prestazione dirigenziale.
L'esperienza della Provincia autonoma
di Trento**

ANNO XIV - OTTOBRE 2017 N. 10 - DIREZIONE E REDAZIONE VIA DEI MISSAGLIA 97 EDIFICIO B3 20142 MILANO



Wolters Kluwer

LEGGI D'ITALIA
IPSOA

*Se posso personalizzarla
in base alle mie aree
d'interesse,*

è La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è pensata per te,
richiedi subito una prova!

lamiabiblioteca.com



 **Wolters Kluwer**



In primo piano

Avvocati pubblici	Gli uffici unici di Avvocatura. Per il Consiglio di Stato deve essere una struttura nuova e comune di Ulderico Izzo	503
Visite fiscali per le PPAA	Le nuove visite mediche di controllo dopo la nascita del Polo Unico INPS di Rossella Schiavone	511

Il punto su ...

Assunzioni	Nuove assunzioni: prima la mobilità e poi lo scorrimento delle graduatorie di Federica Caponi	523
-------------------	---	------------

Esperienze in ... comune

Prestazioni dirigenziali	La valutazione degli aspetti qualitativi della prestazione dirigenziale. L'esperienza della Provincia autonoma di Trento di Paolo Nicoletti	529
---------------------------------	---	------------

Documenti

Giurisprudenza		535
Progressione orizzontale - Giurisdizione del giudice ordinario <i>Consiglio di Stato, Sez. III, Sent. 8 settembre 2017, n. 4260</i>		535
Illegittimo conferimento di incarico - Danno a favore del candidato escluso <i>TAR Sicilia, Sez. III, Sent. 4 settembre 2017, n. 2111</i>		536
Progressioni verticali - Esclusione dalla nozioni di concorso pubblico ai fini dell'art. 24 della Legge n. 150 del 2009 <i>Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 1 settembre 2017, n. 4153</i>		537
Funzionario avvocato e Funzionario amministrativo - Categoria e profilo professionale: differenze <i>Consiglio di Stato, Sez. III, Sent. 30 agosto 2017, n. 4108</i>		538
Concorso pubblico - Annullamento della procedura <i>Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 29 agosto 2017, n. 4099</i>		541
Incarichi per posizione organizzativa - Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo <i>TAR Lazio, Sez. II-ter, Sent. 4 agosto 2017, n. 9225</i>		543

Indici

Cronologico e analitico	544
-------------------------	------------

Azienditalia IL PERSONALE

Mensile di gestione e amministrazione
del personale degli enti locali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Via dei Missaglia, 97
Edificio B3 - 20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

COORDINATORE SCIENTIFICO

Stefania Tagliabue

COMITATO TECNICO

Paolo Belli, Tiziano Grandelli, Natalia Mancini, Silvano Marchegiani, Sylvia Kranz, Mirco Zamberlan

REDAZIONE

Antonella Baroli (antonella.baroli@wolterskluwer.com)
Roberto Morettini (roberto.morettini@wolterskluwer.com)

REALIZZAZIONE GRAFICA

Ipsos - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via dei Missaglia, 97
Edificio B3 - 20142 Milano

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o
telefonare a:

IPSOA Redazione AZIENDITALIA

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.020 - telefax (02) 82476.054
e-mail redazione.azienditalia.ilpersonale-it@wolterskluwer.com
[@wolterskluwer.com](http://www.wolterskluwer.com)

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare
a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999
e-mail servizio.clienti.ipsoa@wolterskluwer.com

L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche
responsabilità per eventuali errori o inesattezze

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 783
del 23 dicembre 2003
Iscrizione al ROC n. 1702 del 4 settembre 2001
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n.
3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti, in modalità digitale, hanno durata
12 mesi con formula rolling dalla data di sottoscrizione
e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da
comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza
a mezzo raccomandata A.R.
da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano.
Servizio Clienti: tel. 02.824761 -
Indirizzo internet: www.servizioclienti.wki.it
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com

ITALIA/ESTERO

Abbonamento digitale 12 mesi (comprensivo della
Rivista Azienditalia € 147,00 + iva
Arretrati: consultabili online a partire dal 2005, con
abbonamento alla raccolta delle annate.
Abbonamento 12 mesi (comprensivo di Azienditalia):
€ 316 + iva oppure € 158 + iva per gli abbonati
alla rivista.

MODALITÀ DI CONSULTAZIONE

La rivista è consultabile in formato digitale su pc, tablet
(iOS e Android) e smartphone (Android).
I fascicoli possono essere scaricati da
- edicolaprofessionale.com/azienditalia
- edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale
- da App Edicola Professionale, disponibile
gratuitamente su AppStore, Google Play, Samsung
Apps o Amazon AppStore for Android.

FORMULA AZIENDITALIA PIÙ

(comprendente, oltre ad Azienditalia i quattro corsi e-
Learning annuali di Azienditalia I Corsi)

ITALIA/ESTERO - Abbonamento digitale 12 numeri:
€ 188,00 + iva

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento potrà essere effettuato con un
versamento intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano,
utilizzando le seguenti modalità:
- Conto Corrente Postale 583203
- Conto Corrente Bancario IBAN
IT61M0306933684100000002208

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196,

La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su
database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia
S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia, 97 - Edificio
B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati
da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer
Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità
amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo
indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi
dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a
fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli
oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momen-
to esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/
2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne
l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di leg-
ge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio
di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni
commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei res-
ponsabili del trattamento, mediante comunicazione
scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY
- Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, o in-
viando un Fax al numero: 02.82476.403.

Avvocati pubblici

Gli uffici unici di Avvocatura. Per il Consiglio di Stato deve essere una struttura nuova e comune

di Ulderico Izzo - Funzionario P.O. Avvocatura della Città Metropolitana di Napoli - Revisore in Enti Locali - Componente di organismi di valutazione di Enti Locali - Formatore per gli Enti Locali

L'art. 2, comma 12, Legge n. 244/2007 ha coerentemente previsto non la possibilità che un ente locale si accordi con altre amministrazioni per mettere a comune disposizione il proprio ufficio legale (di fatto, sulla falsariga di un appalto di servizi), bensì la creazione, come oggetto della reciproca cooperazione tra le diverse amministrazioni interessate, di una struttura nuova e comune, sino allora insussistente: ossia "l'ufficio unitario" di avvocatura, da implementare "con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti".

Gli uffici unici di avvocatura: Il quadro normativo

Durante il periodo caratterizzato dall'annosa necessità di riduzione della spesa pubblica, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una disposizione che consente di istituire, mediante lo strumento convenzionale, previsto dall'art. 30 (1) del TUEL, uffici unici di Avvocatura per lo svolgimento di attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati.

La Finanziaria per l'anno 2008, approvata con Legge 24 dicembre 2007, n. 144, all'art. 2, comma 12, tuttora vigente, dispone che

"Gli enti locali di cui all'articolo 2 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, possono istituire, mediante apposite convenzioni, da stipulare ai sensi dell'articolo 30 del medesimo testo unico, uffici unici di avvocatura per lo svolgimento di attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati".

Lo strumento operativo, per attuare la predetta disposizione, lo si trova nel TUEL, il quale con l'art. 30 dispone che:

- "1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni.
2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.
3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo.
4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti".

All'indomani dell'entrata in vigore della facoltà legislativa, alcuni enti locali hanno provato a creare l'ufficio unico di avvocatura, ma la cosa non è parsa di facile soluzione, come emerge da alcune recenti decisioni del giudice amministrativo, dapprima con il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (2) e successivamente dalla Massima Assise di Giustizia Amministrativa.

(1) F. Pinto, *Diritto degli enti locali*, Giappichelli, ult. ed.

(2) TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1608/2016.

In primo piano

Con il presente lavoro, che parte dall'analisi della sentenza n. 2731, resa dal Consiglio di Stato, depositata il 7 giugno scorso, si mira ad effettuare una, e più, riflessioni sulla compatibilità tra lo strumento dell'ufficio unico e l'incompatibilità della professione di avvocato pubblico con qualunque altro impiego retribuito, tenendo in evidenza anche gli aspetti macro organizzativi delle stesse civiche avvocature (3).

Il punto di partenza non può che essere una breve analisi della figura dell'avvocato dipendente pubblico nell'ambito dell'ordinamento giuridico per poi passare ad analizzare le caratteristiche che deve avere l'ufficio legale dell'ente pubblico per poi giungere a precisare le modalità di costituzione dell'ufficio unico come voluto dal legislatore.

Gli avvocati dipendenti di enti pubblici: dal R.D. 1578/1933 alla nuova legge professionale: il regime di incompatibilità dell'avvocato alle dipendenze di una pubblica amministrazione

Gli enti locali, in particolare Comuni, Province e Città Metropolitane, provvedono, di norma, al patrocinio e alla difesa in giudizio utilizzando i servizi di proprie strutture, alle quali sono assegnati dipendenti di ruolo aventi la qualifica di funzionario avvocato o di dirigente avvocato.

L'avvocato pubblico è una figura professionale che presenta precipue peculiarità, in quanto occorre conciliare l'appartenenza di un soggetto ad un determinato ordine professionale, con lo *status* di lavoratore alle dipendenze di una pubblica amministrazione.

Secondo l'ormai costante indirizzo giurisprudenziale dei giudici amministrativi, gli avvocati degli enti pubblici, sono da considerarsi nello stesso tempo sia professionisti, sia impiegati, nel senso che, nello svolgimento del loro lavoro professionale hanno garantita una posizione di indipendenza e sono sottoposti al controllo dei Consigli dell'Ordine professionale, mentre, per gli altri profili del rapporto di impiego, sono assoggettati ai doveri ed alle limitazioni derivanti dal rapporto stesso, ivi compreso il dovere di osservare l'orario di lavoro prescritto dall'ente (4).

Inoltre, l'esercizio dell'attività di avvocato e procuratore legale è riconducibile, in astratto, tanto ad

un rapporto di lavoro autonomo quanto ad un rapporto di lavoro subordinato (ancorché caratterizzato, dato il contenuto squisitamente intellettuale dell'attività, da una subordinazione affievolita), non essendo di ostacolo alla sua inquadrabilità nel secondo tipo di rapporto la disciplina - in tema d'incompatibilità dell'esercizio della libera professione con determinate attività, professioni o qualità o con determinati impieghi retribuiti - dettata, ieri, dall'art. 3 del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 (ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore) e oggi dalla nuova legge professionale (5).

Il citato art. 3 dopo aver disposto, al secondo comma, che l'esercizio della professione di avvocato è "incompatibile con qualunque impiego od ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato, delle Province, dei Comuni", detta, al quarto comma, lett. b), una esplicita eccezione per "gli avvocati [ed i procuratori] degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualsiasi modo presso gli enti di cui allo stesso secondo comma, per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera", imponendo che essi siano "iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo".

La giurisprudenza che si è occupata dell'interpretazione della disposizione ha chiarito che "al fine dell'iscrizione negli elenchi speciali annessi all'albo degli avvocati, l'art. 3, ultimo comma, lett. b), R.D. 27 novembre 1933, n. 1578, 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 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 (6).

L'esistenza di un'autonoma articolazione organica dell'Ufficio legale dell'ente risulta indispensabile perché l'attività professionale, ancorché svolta in forma di lavoro dipendente, deve essere esercitata, in conformità alle disposizioni che la disciplinano, con modalità che assicurino oltre alla libertà nell'esercizio dell'attività di difesa, insita nella figura professionale, anche l'autonomia del professionista (7).

(3) P. Cosmai, "Avvocatura interna alla P.A.: aspetti macro organizzativi e status giuridico dei dipendenti", in questa *Rivista*, n. 8-9/2013.

(4) Corte cost., sentenza 8-28 luglio 1988, n. 928.

(5) Cass., Sez. lav., sentenza 30 agosto 1991, n. 9234.

(6) Cass., SS.UU., sentenza 18 aprile 2002, n. 5559.

(7) Ad esempio, l'ufficio legale essere posto alle dipendenze del Settore *Staff* e, quindi, del suo Dirigente, il Segretario Generale del Comune, proprio perché la salvaguardia dell'autonomia e indipendenza dell'attività professionale, esclude che

A tal fine l'istituzione di un ufficio legale nell'ambito di un ente determina l'insorgenza di una struttura che si differenzia da ogni altro centro operativo e postula una diretta connessione unicamente con il vertice decisionale dell'Ente stesso, al di fuori, quindi, di ogni altra intermediazione (8).

Quando in un ente, locale in particolar modo, sorge la necessità di definire, *ex novo*, l'assetto organizzativo, è necessario collocare l'ufficio legale ovvero Avvocatura che sia solo alle dirette dipendenze rappresentante legale ovvero soggetto politico di vertice (Sindaco o Presidente ad es.).

La costante interpretazione dell'art. 3 della legge professionale forense ha sempre evidenziato la natura eccezionale della deroga, prevista per gli addetti agli Uffici Legali di enti pubblici, alla regola generale della professione forense consistente nell'incompatibilità con il lavoro subordinato e la conseguente necessità d'interpretazione restrittiva della norma, non suscettibile d'interpretazione analogica, individuandone il senso e la "ratio" nel particolare "status" derivante dal rapporto d'impiego pubblico che è tale da preservare presumibilmente l'avvocato - dipendente dal rischio di condizionamento nell'esercizio della sua professione (9). Altrettanto stabile è l'interpretazione giurisprudenziale a proposito dei requisiti necessari per l'iscrizione nell'elenco speciale: esistenza presso l'ente pubblico di un ufficio legale costituente un'entità organica autonoma nell'ambito della struttura disegnata dalla sua pianta organica; svolgimento da parte degli addetti, con libertà ed autonomia, delle funzioni di competenza, con sostanziale estraneità all'apparato amministrativo, in posizione d'indipendenza e con esclusione da ogni attività di gestione; esercizio nell'interesse dell'ente soltanto

dell'attività professionale, giudiziaria ed extragiudiziaria.

Al fine dell'iscrizione degli addetti agli uffici legali di enti pubblici negli elenchi speciali annessi agli albi degli avvocati e procuratori di cui agli artt. 3 e 4, R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 (norme di carattere eccezionale, attese il carattere derogatorio al principio dell'incompatibilità sancito dal secondo comma del citato art. 3), è necessario che il dipendente dell'ente pubblico risulti addetto ad un ufficio legale dotato di una sua autonomia nell'ambito della relativa struttura, e che, in virtù di tale sua appartenenza ed alla stregua dell'ordinamento dell'ente stesso, egli sia - in linea di principio - abilitato a svolgere, nell'interesse dell'ufficio ed in via esclusiva, attività professionale, tanto giudiziaria quanto extragiudiziaria.

L'art. 23 della nuova legge professionale

Il tema dell'incompatibilità dell'Avvocato con il rapporto pubblico impiego (10) è stato ampiamente dibattuto.

Con la riforma dell'ordinamento forense, attuata con la Legge 31 dicembre 2012, n. 247, il legislatore ha inteso dedicare una precisa disposizione dedicata alla figura dell'avvocato pubblico (11) con la quale è stata recepita quell'esigenza di fissare, con norma di rango primario, quelle prerogative strettamente caratterizzanti la figura dell'avvocato pubblico.

Come è stato oculatamente osservato (12), tali prerogative sono state riprese attraverso indicazioni che in passato sono emerse dalla giurisprudenza che suppliva a carenze normative.

Tale incompatibilità, era già prevista dalla vecchia legge professionale e viene, oggi, ribadita dall'art. 17, comma 1, lett. e), della Legge n. 247/2012.

possa esservi una subordinazione gerarchica ed una ingerenza nella trattazione degli affari giuridico legali attinenti specificamente nelle competenze che il professionista può svolgere in virtù della sua iscrizione all'albo, competenze non rinvenibili nella figura del Segretario Generale, che non postula la specifica preparazione professionale garantita dall'iscrizione all'albo.

(8) Consiglio di Stato, Sez. V, 16 settembre 2004, n. 6023; TAR Molise, Campobasso, 9 gennaio 2002, n. 1.

(9) U. Izzo, "Enti Locali - Incarichi dirigenziali: l'avvocato pubblico non può svolgere attività amministrativa ma deve dedicarsi in via esclusiva alla difesa tecnica dell'ente", in *Persone & incarichi*, n. 11/2015.

(10) U. Izzo, "Avvocati dell'ente: va assicurato l'inserimento nell'assetto organizzativo e l'autonomia funzionale", in *Diritto e Pratica amministrativa*, febbraio 2014.

(11) Art. 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 assicu-

rata 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 è 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 è 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.

(12) S. Imbriaci, *I recenti interventi normativi in materia di avvocati dipendenti pubblici dalla nuova legge professionale (art. 23 L. 247/12) al decreto legge 90/14 sulla pubblica amministrazione, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 2014.

In primo piano

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 un'eccezione e, quindi, una norma di stretta applicazione, già disciplinata dalla vecchia legge professionale (l'art. 3, comma 4, lett. b, del R.D.L. n. 1578/1933) e oggi ripresa dall'art. 23 della Legge n. 247/2012.

Tale disposizione, contiene due principi riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e del CNF in riferimento al R.D.L. n. 1578/1933, quali:

- 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 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.

Ciò risponde ad un'esigenza primaria, cioè 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 (13).

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.

Come sopra affermato, le disposizioni contenute nei citati artt. 3 e 23 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'in-

compatibilità sancita dal R.D.L. n. 1578/1933 e ribadita dall'art. 18, Legge n. 247/2012, ma anche in riferimento ai principi del buon andamento della PA di cui all'art. 97 Cost.

La posizione delle sezioni unite (14), rispetto alla possibilità del legale pubblico di svolgere attività amministrativa è nitida:

"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.

Nello specifico, sempre il giudice di legittimità (15) 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".

La giurisprudenza amministrativa ha ribadito che nell'art. 3 del R.D.L. n. 1578/1933 ed oggi negli artt. 18 e 13 della Legge n. 247/2012, trovano origine 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 (16).

La questione è stata, anche, più volte affrontata dal Consiglio Nazionale Forense, che si è occupato della questione, in riferimento al R.D.L. n. 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 (17).

(13) La c.d. aderenza e vicinanza al fatto.

(14) Cass., SS.UU., sentenza 19 agosto 2009, n. 18359.

(15) Cass., SS.UU., sentenza 15 settembre 2010, n. 19547;

SS.UU., sentenza 18 aprile 2002, n. 5559.

(16) TAR Sardegna Cagliari, Sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7.

(17) P. Cosmai, *op. cit.*

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."

Consiglio nazionale Forense, 29 maggio 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"

Consiglio Nazionale Forense 29 maggio 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 al più volte richiamato art. 3 della vecchia legge professionale, 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.

Sia la giurisprudenza di legittimità che quella amministrativa e sia il CNF si collocano su una posi-

zione univoca cioè sulla necessità di garantire agli avvocati non solo l'autonomia e l'indipendenza propria e dell'ufficio cui appartengono nell'espletamento della funzione tipicamente legale, ma anche l'estraneità dal resto della macchina amministrativa.

Tali ruoli e tali funzioni non possono 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 di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000.

L'esercizio di qualsivoglia attività amministrativa da parte dell'Avvocato addetto all'ufficio legale dell'ente pubblico, è lesivo dell'autonomia e dell'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.

Le sezioni unite hanno stabilito che la responsabilità del settore "Affari legali" formalmente istituito ed autonomo rispetto alle altre macrostrutture in cui l'amministrazione è articolata e la qualifica dirigenziale posseduta dal legale sono insufficienti a consentire il permanere dell'iscrizione nell'elenco speciale, laddove all'interessato siano contemporaneamente affidate funzioni di coordinamento di altre e ben distinte aree organizzative, cui sono preposti specifici responsabili, titolari di funzioni direzionali e del relativo potere di firma, affidate con atti di macro-organizzazione dagli organi di governo dell'ente stesso nell'ambito dell'autonomia costituzionalmente garantita dell'ordinamento giuridico locale.

La decisione dei giudici di Piazza Cavour è motivata facendo riferimento alla costante interpretazione dell'art. 3 della legge professionale forense, la quale ha sempre evidenziato la natura eccezionale della deroga, prevista per gli addetti agli Uffici legali di enti pubblici, alla regola generale della professione forense consistente nell'incompatibilità con il lavoro subordinato e la conseguente necessità di una interpretazione restrittiva della norma, non suscettibile d'interpretazione analogica, individuandone il senso e la *ratio* nel particolare *status* derivante dal rapporto d'impiego pubblico che è tale da preservare presumibilmente l'avvocato-dipendente dal rischio di condizionamento nell'esercizio della sua professione.

Centrale risulta, dunque, lo svolgimento da parte degli addetti, con libertà ed autonomia, delle funzioni di competenza, con sostanziale estraneità al-

In primo piano

l'apparato amministrativo, in posizione d'indipendenza e con esclusione da ogni attività di gestione. Di qui, la conclusione che il simultaneo svolgimento, ancorché temporaneo, di attività legale e di attività certamente amministrativa è incompatibile con l'esclusività - "da intendersi in senso oggettivo ed esterno", come specifica la Suprema Corte - che, assicurando l'autonomia della funzione, ne garantisce l'indipendenza, preservandola da condizionamenti, "requisito questo essenziale per la tutela della funzione sociale dell'avvocato anche nel caso del suo servizio a favore dei soli interessi pubblici dell'ente di appartenenza".

Conclusioni

La possibilità di un avvocato pubblico di svolgere la propria opera a favore di un altro soggetto pubblico, però, non è una novità per l'ordinamento giuridico italiano, il quale lo ha consentito per le unità sanitarie locali pochi anni dopo dalla loro istituzione e anche all'atto della loro trasformazione in aziende per effetto della riforma sanitaria del 1992.

L'avvalimento degli avvocati pubblici, come osservato di recente da attenta dottrina (18), si ebbe per espressa previsione di legge a norma dell'art. 11, comma 3.1, del D.L. 28 febbraio 1983, n. 55 che, appunto, attribuiva alle unità sanitarie locali, prive di propri uffici legali, la possibilità di avvalersi dei corrispondenti e omologhi uffici dei comuni di appartenenza, fermo restando che il dipendente avvocato comunale rimaneva sempre alle dipendenze dell'ente che lo aveva assunto.

Analogo cosa si ebbe anche a seguito della trasformazione delle UU.SS.LL. in aziende sanitarie a seguito della riforma sanitaria del 1992: in tal caso i Direttori Generali delle A.S.L., all'uopo nominati commissari liquidatori delle A.S.L. potevano affidare, in base alla normativa regionale di riferimento, agli avvocati dell'A.S.L. la cura degli affari delle gestioni liquidatorie.

Una fattispecie analoga fu ipotizzata anche in sede di legislazione regionale (19) stabilendo la possibilità degli avvocati della Regione di patrocinare anche le cause e gli affari delle società interamente partecipate dall'ente regionale.

Ma la norma non ha superato il vaglio di legittimità costituzionale in quanto il giudice delle leggi ha precisato che la legge regionale:

"amplia la deroga al principio di incompatibilità, prevista dal legislatore statale esclusivamente in riferimento agli affari legali propri dell'ente pubblico di appartenenza, e pertanto si pone in contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost. Infatti, la norma secondo cui gli avvocati dipendenti possono patrocinare per l'ente di appartenenza - e solo per esso - non è suscettibile di estensione da parte del legislatore regionale, ma rientra nell'ambito dei principi fondamentali della materia delle professioni, affidato alla competenza del legislatore statale"

Corte Cost., sentenza 20 maggio 2013 n. 91

La possibilità di istituire uffici unici di avvocatura deve, quindi, tenere in debita considerazione il principio fondamentale che l'avvocato pubblico può solo trattare le cause e gli affari ovvero patrocinare il suo unico ed esclusivo cliente, cioè l'ente che lo ha assunto alle proprie dipendenze mediante una procedura concorsuale.

Al fine di non incorrere nei vizi procedurali che sono emersi dalla decisione in rassegna, gli enti locali che intendono dare vita all'ufficio unico di Avvocatura debbono tenere presente che occorre creare quella struttura "nuova e comune", la quale non è finalizzata al solo scopo del risparmio amministrativo della spesa.

L'atto convenzionale dovrà anche disporre in merito alla posizione lavorativa della persona fisica, che, in quanto avvocato pubblico, andrà a ricoprire, mediante distacco, tale ruolo all'interno della struttura unica, nel senso che questi sarà destinatario della procura generale alle liti di tutti i legali rappresentanti degli enti convenzionati, altrimenti non si riuscirà nello scopo di difendere quei comuni che sono privi di un ufficio legale interno (20). Inoltre, poi deve necessariamente anche fare riferimento alle modalità di liquidazione dei compensi professionali come oggi disciplinati dal D.L. n. 90/2014.

La volontà del legislatore per istituire uffici unici è chiara, ma occorre che, in disparte la volontà "politica" degli enti interessati, vi sia una corretta applicazione delle norme che garantiscono le prerogative degli avvocati pubblici.

Infatti, gli enti interessati a costituire questa nuova e comune struttura non debbono incorrere negli stessi errori che sono stati commessi dal Comune parte in giudizio del Consiglio di Stato n. 2731/2017, poiché come correttamente evidenziato dal Massimo Consesso di giustizia amministrativa, non si deve individuare l'ufficio unico in capo all'ufficio legale, già istituito in uno dei comuni inte-

(18) A. Berti, *Gli uffici Unici di Avvocatura Pubblica*, in www.Lexitalia.it, 7 settembre 2016.

(19) Il riferimento è alla legge regionale Campania n. 1/2009, art. 29, commi 1 e 2.

(20) La norma istitutiva degli uffici unici di Avvocatura prevede espressamente la difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati.