

I “numeri” degli avvocati pubblici e il contenzioso delle pubbliche amministrazioni

Rolando Dalla Riva*

Il modello tipico dell'avvocatura pubblica è costituito dall'Avvocatura dello Stato. Essa costituisce certamente un paradigma e punto di riferimento per quanti sono preposti alla rappresentanza e difesa in giudizio di un interesse pubblico. Come è risaputo - tuttavia - la disciplina dell'Avvocatura erariale è speciale e prevede delle deviazioni significative alla regola dello *jus postulandi* proprio dell'esercizio della professione forense in ragione della specialità della difesa e alla qualità della parte rappresentata.

Accanto a questa realtà l'attuale ordinamento prevede la possibilità della costituzione di avvocature interne presso le Pubbliche amministrazioni in ossequio alla deroga prevista dall'art. 3 del regio decreto legge 27 novembre 1933 n. 1578, convertito in legge 22 gennaio 1934 n. 34, meglio nota quale legge professionale forense. La disciplina di una tale forma di “avvocatura” (a parte il momento genetico) non si distingue dall'esercizio proprio della professione forense come svolta dai liberi professionisti, tanto che non si è di fronte ad un *tertium genus* di avvocatura, ma solo all'esercizio della professione forense da parte di dipendenti delle rispettive Amministrazioni pubbliche.

Le osservazioni che seguono si propongono di analizzare ed approfondire tale fenomeno, per verificare se è possibile giungere a qualche conclusione sull'argomento. Ad una prima osservazione, quello proposto sembrerebbe un tema di nicchia, sfornito di particolare importanza, tuttavia il crescente interesse riscontrato nelle molte occasioni in cui viene discusso il problema, potrebbe testimoniare come questo tema possa meritare un momento di approfondimento. Solitamente l'argomento del contenzioso delle pp.aa. e degli uffici legali interni viene affrontato all'interno delle varie categorie in qualche modo interessate come quella degli avvocati dipendenti, dove viene posto l'accento soprattutto su aspetti relativi alle “rivendicazioni” di ruolo oppure alle istanze di carattere contrattuale e retributivo. Oppure è oggetto di discussione tra liberi professionisti, spesso con una comprensibile apprensione dovuta al timore che il mercato professionale legato alle pubbliche amministrazioni sia ridotto dal ricorso agli uffici legali interni da parte delle pp.aa. Anche i pubblici

(*) Avvocato INAIL in Vicenza.

Il presente articolo costituisce una rielaborazione dell'intervento tenuto al convegno “Il contenzioso delle Pubbliche amministrazioni e gli Uffici legali interni” tenutosi a Vicenza l'11 novembre 2009.

amministratori o dirigenti pubblici si occupano del problema, solitamente in occasione delle riorganizzazioni degli enti, in quanto sovente non si comprende la particolare posizione funzionale da garantire agli uffici legali interni.

Cominciamo subito parlando di alcuni numeri precisando che i dati che verranno esposti nel presente lavoro sono tratti da “La Previdenza Forense”, rivista della Cassa di previdenza degli avvocati, che da alcuni anni pubblica periodicamente alcune rilevazioni statistiche in merito agli avvocati iscritti negli albi e, tra questi, anche su quelli iscritti nel registro speciale degli addetti agli uffici legali interni. Questi dati sono poi stati elaborati da chi scrive - quale statistico alle prime armi - e proposti in alcune tabelle.

anno	iscritti al Reg. spec.	iscritti Albo avvocati	% tra avv. pubblici e libero foro
1999	3.772	109.818	3,43%
2001	3.942	129.071	3,05%
2004	4.019	158.478	2,54%
2006	3.822	178.134	2,15%
2008	4.189	198.041	2,12%

Al 31 dicembre 2008 risultavano iscritti nei registri speciali degli albi degli Ordini forensi 4.189 avvocati addetti agli uffici legali interni. Se si considera che nel dicembre del 1999 gli avvocati degli enti pubblici erano 3.772 nel giro di nove anni essi risultano aumentati di 417 unità (con un incremento rispetto al 1999 di poco più dell'11%) e l'andamento degli iscritti nel registro speciale ha conosciuto anche un fenomeno di contrazione tra il 2004 e il 2006.

Questi dati dunque smentiscono quella che potrebbe essere chiamata una “leggenda metropolitana”, secondo la quale il numero degli avvocati pubblici sarebbe in continua crescita, addirittura esponenziale, in esito alla proliferazione di avvocature interne da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il dato assume un ben più rilevante significato se viene confrontato con quello relativo al numero complessivo di avvocati iscritti all'albo.

Nel dicembre del 1999 erano complessivamente iscritti all'albo in Italia 109.818 avvocati. Nel dicembre del 2008 risultavano iscritti ben 198.041 avvocati e - secondo gli ultimi dati aggiornati - tale numero ora si attesta oltre i 220.000.

Fra dicembre 1999 e dicembre 2008 il numero complessivo degli avvocati è aumentato di oltre l'80%.

Percentualmente parlando la componente degli avvocati pubblici non è particolarmente rilevante ed oscilla (a livello nazionale) tra il 3,43% del 1999 e il 2.12% del 2008.

Il dato ovviamente risente dell'aumento (questo sì esponenziale) degli avvocati in Italia.

La distribuzione percentuale degli avvocati pubblici può riservare alcune sorprese che mettono in risalto come vi siano elementi di parziale contraddizione relativi alle cifre in numeri assoluti.

Se si osserva la presenza degli avvocati pubblici si può notare come tali percentuali siano molto disomogenee tra i vari distretti di Corte di Appello esaminati e come vi siano distretti in cui tali presenze siano minime rispetto ad altri dove la componente degli avvocati pubblici – pur limitata – è maggiormente significativa.

Distretto di C.A.	iscritti albo al 31/12/2008	iscritti elenco spec. Dipendenti enti pubblici	% avv. pubblici su totale
Trento	1.480	68	4,59
Palermo	7.129	268	3,76
Roma	25.948	969	3,73
Torino	8.348	216	2,59
Campobasso	1.350	33	2,44
Firenze	9.564	231	2,42
Potenza	2.124	49	2,31
Napoli	21.897	497	2,27
Ancona	4.636	98	2,11
Catanzaro	7.852	165	2,10
Bari	11.309	222	1,96
Genova	6.070	116	1,91
Venezia	10.355	191	1,84
Perugia	2.665	46	1,73
Catania	6.693	115	1,72
Reggio Calabria	3.452	59	1,71
Salerno	5.578	94	1,69
Trieste	2.121	33	1,56
Bologna	11.755	173	1,47
L'Aquila	5.353	76	1,42
Milano	20.186	275	1,36
Caltanissetta	1.256	12	0,96
Lecce	8.273	79	0,95
Cagliari	4.383	37	0,84
Brescia	4.765	39	0,82
Messina	3.499	28	0,80

Percentualmente parlando il maggior numero di avvocati pubblici viene riscontrato nel distretto di Corte di Appello di Trento e Bolzano, dove gli avvocati degli enti rappresentano il 4,59% degli avvocati complessivi.

Nel distretto di Palermo il dato è del 3,76%, poco superiore a quello del distretto di Roma del 3,73%; in questo ultimo caso l'alto numero assoluto di avvocati pubblici (conseguente alla concentrazione degli uffici pubblici legati al ruolo della capitale - nel Foro di Roma risultano iscritti ben 879 avvocati pubblici) viene compensato dal numero degli avvocati iscritti all'albo (e pari a 25.948 unità).

Molti degli altri distretti si attestano sulla percentuale nazionale di poco superiore al 2%, mentre si osserva in alcuni distretti una percentuale di presenza particolarmente limitata ed inferiore all'1% (Brescia, Lecce, Caltanissetta, Messina e Cagliari).

L'analisi poi di alcuni dati percentuali relativi ad alcuni Tribunali ci consente di capire come il fenomeno della presenza degli avvocati degli enti sia legato alla presenza delle sedi degli uffici pubblici, normalmente concentrata nei capoluoghi.

A parte il dato del Tribunale di Tolmezzo (dove la statistica risulta falsata dai numeri minimi di iscritti) si osserva come sia il Foro di Bolzano (con il 5,27%) a detenere la maggior presenza di avvocati pubblici.

Ancora un volta il dato di Bolzano viene accomunato a quello del Foro di Palermo dove la percentuale è di poco inferiore ed è del 5,08%.

Di poco sotto il 5% si porta il Tribunale di Potenza (ove operano avvocati pubblici in ragione del 4,82% del totale) ed il Foro di Roma (con un percentuale del 4,47%).

Subito dopo si trovano ancora i Fori trentini con il 4,03% di Trento e il 3,85% di Rovereto che confermano l'alta presenza delle avvocature civiche nel Trentino - Alto Adige.

Panorama legislativo

Prima di passare all'esame delle questioni centrali è necessario un accenno al panorama legislativo. La questione è già stata anticipata, ma può essere interessante, tuttavia, al di là dell'esame delle norme che disciplinano l'esercizio dell'attività legale all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, comprendere appieno il significato di una tale previsione normativa.

In Italia la professione legale risulta storicamente caratterizzata dall'esercizio della rappresentanza e difesa in giudizio, dalla rappresentanza stragiudiziale per la composizione delle controversie e dall'attività di consulenza legale; queste sono in estrema sintesi le funzioni che l'ordinamento italiano prevede per la categoria degli avvocati. Solo per la rappresentanza e difesa in giudizio (con significative deroghe tuttavia) esiste una riserva di attività per i profes-

sionisti legali, mentre tale riserva non esiste per le rimanenti attività relative allo stragiudiziale e alla consulenza legale.

L'esercizio dell'avvocatura è uno dei tipici campi delle libere professioni. La particolare natura delle funzioni esercitate comporta che all'avvocato, in relazione all'incarico professionale ricevuto dal cliente, vengano riconosciuti determinati obblighi (e prerogative) direttamente dalla legge. Molte di tali situazioni fanno capo al professionista indipendentemente dal contenuto concreto del mandato ricevuto dal proprio cliente: L'avvocato svolge, infatti, un'attività che, per sua natura, implica l'assunzione di scelte e la selezione di strategie difensive in piena autonomia. Al legale fanno capo precisi doveri conseguenti all'adozione del Codice deontologico, tra i quali particolare rilievo assume il dovere di mantenere la propria indipendenza nell'esercizio dell'attività professionale (1).

Proprio in ragione della necessità che l'esercizio della professione legale sia svolto senza condizionamenti, che potrebbero comprometterne l'indipendenza, la legge professionale forense sancisce l'incompatibilità di tale attività professionale con specifiche professioni (ad esempio quella notarile, di giornalista, di agente di cambio ecc...), con l'esercizio del commercio e, più in generale con qualunque impiego retribuito, sia pubblico che privato (art. 3 R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578 – legge professionale forense) (2).

Questa norma soffre di due sole eccezioni: la prima che riguarda i professori universitari e i docenti di istituti secondari statali e, per quello che ci riguarda, la seconda che consente l'iscrizione, in apposito elenco speciale annesso all'albo professionale, degli avvocati di uffici legali interni di Enti pubblici.

Per quanto riguarda gli avvocati di uffici legali interni, la norma dell'art. 3 della legge professionale è alquanto specifica, consentendo in primo luogo l'istituzione di uffici legali solo agli Enti pubblici; di conseguenza non è consentito ai soggetti privati di costituire uffici legali con propri avvocati dipendenti (3).

(1) Come anticipato in premessa, rimane a parte il discorso relativo all'Avvocatura dello Stato le cui funzioni, compiti e prerogative sono disciplinate da particolari fonti normative (in particolare R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 contenente il Testo Unico delle disposizioni sulla rappresentanza e difesa dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, con il regolamento di esecuzione approvato con R.D. 30 novembre 1933 n. 1612).

(2) Art. 3 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 (L.P.F.): *“L'esercizio delle professioni di avvocato (...) è incompatibile (...). E' infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza e consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario: a) (...);*

b) gli avvocati degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque 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. Essi sono iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo”.

(3) Il concetto di amministrazione e istituzione pubblica nel corso del tempo si è allargato a seguito

In secondo luogo la legge richiede che all'interno dell'Ente pubblico vi sia l'esistenza di un ufficio legale, in cui l'avvocato preposto tratti esclusivamente le cause proprie dell'Ente.

La *ratio* che sottende tale disposizione è di tutta evidenza: solo all'interno della pubblica amministrazione (ovvero altri soggetti che svolgono un'attività oggettivamente riconducibile a quella di una pubblica amministrazione) il rapporto del professionista consente quelle garanzie di indipendenza richieste per l'esercizio della professione forense che nel rapporto del dipendente privato con il proprio datore di lavoro con molta difficoltà verrebbe riconosciuta.

Un elemento da prendere in considerazione è anche la particolare formulazione della proposizione normativa: il precetto - di poche parole - viene formulato "in negativo", quale eccezione al generale divieto di esercizio della professione forense quale dipendente.

Un particolarità della materia è data anche da una interpretazione della norma particolarmente "qualificata", in quanto la normativa in questione è soggetta ad interpretazioni giurisprudenziali rimesse esclusivamente al Consiglio nazionale Forense (competente in sede giurisdizionale per i ricorsi presentati alle pronunce dei Consigli dell'Ordine) e, in grado definitivo, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Questa circostanza ha consentito il formarsi di una giurisprudenza proveniente dal massimo vertice della giurisprudenza e che non ha subito il fenomeno delle "oscillazioni interpretative" proprie di altri settori del diritto.

Secondo l'interpretazione che da tempo è stata data alla norma, per poter invocare l'applicazione della deroga al principio generale dell'incompatibilità deve essere dimostrato che:

a) presso l'Ente pubblico sia stato istituito un ufficio legale con propria organizzazione ed autonomia, con la specifica ed esclusiva attribuzione della trattazione delle cause e degli affari legali dell'Ente; tale ufficio non deve essere inoltre di natura "precaria";

b) che a detto ufficio siano adibiti gli avvocati che richiedono l'iscrizione, i quali devono occuparsi in via esclusiva, delle cause e degli affari legali dell'Ente stesso.

Più volte è stato precisato che la sola circostanza di svolgere un'attività in senso ampio "legale" o "giuridica" (quale può essere quella svolta da molte divisioni amministrative o del personale) non basta a far superare il principio dell'incompatibilità, ove tale attività si svolga al di fuori dell'ufficio specificamente istituito dall'Ente per la trattazione delle proprie cause ed affari le-

della progressiva privatizzazione di molte funzioni un tempo svolte da amministrazioni pubbliche in regime di diritto amministrativo. Ha preso atto di questa situazione anche la Cassazione nel giudicare i requisiti di ammissibilità per l'istituzione di un ufficio legale interno. Si vedano in proposito Cass. Sez. Un. 3 maggio 2005 n. 9096 e Cass. Sez. Un. 16 luglio 2008 n. 19496.

gali (4).

E' stato precisato, altresì, che per uffici legali, ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale, si intendono quelli e solo quelli, che, staccati ed autonomi rispetto ad altri uffici di gestione amministrativa dell'attività dell'Ente, svolgono esclusivamente funzioni di consulenza ed assistenza giudiziale e stragiudiziale relativamente a questioni o a controversie dell'ente pubblico cui l'ufficio appartiene, restando esclusa ogni attività di "gestione", ancorché espletata da addetti ad uffici denominati "legali" come quella relativa alla gestione del personale o la trattazione degli "affari generali" (5).

Infine, su che cosa si intenda per "cause ed affari legali dell'Ente", è stato affermato il necessario collegamento con l'attività giudiziaria (ambito normale della professione forense) e con il contenzioso dell'Ente (sia in atto che potenziale), ammettendo che sia sufficiente lo svolgimento di sola attività stragiudiziarie e di consulenza solo dove l'attività giudiziaria sia inesistente essendo la stessa conferita all'Avvocatura dello Stato (6).

In sintesi, i requisiti richiesti per la creazione di una avvocatura presso una Pubblica amministrazione sono:

- 1) costituzione di un apposito ufficio dotato di adeguata "stabilità" (7);
- 2) autonomia organizzativa e distinzione dell'avvocatura dagli altri uffici di "gestione" amministrativa;
- 3) adibizione a tale ufficio di dipendenti abilitati all'esercizio della professione forense;
- 4) adibizione di detti dipendenti in via esclusiva alle "cause ed affari legali" dell'Ente con inibizione allo svolgimento di attività di "gestione" amministrativa (8).

Il principio secondo il quale l'attività forense, svolta da un avvocato del libero Foro, deve essere ispirata al principio di indipendenza e responsabilità, tanto da essere svolta solo ed esclusivamente da liberi professionisti, nel

(4) In tal senso, con pronuncia in un caso concreto, Cass. Sez. Un. 10 maggio 1993 n. 5331.

(5) Tra le pronunce della Giurisprudenza che precisano i requisiti per la costituzione di un ufficio legale presso un Ente pubblico si può ricordare: Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367. La sentenza delle Sezioni Unite ricorda che le disposizioni in materia di iscrizione all'Albo professionale sono di carattere eccezionale e non sono suscettibili di interpretazione analogica; inoltre *"ritiene la Corte di poter affermare che la iscrizione all'albo speciale presuppone che il dipendente di ente pubblico sia addetto all'ufficio legale – che abbia una sua autonomia nell'ambito della struttura dell'ente – ed, in virtù di tale sua appartenenza ed alla stregua dell'ordinamento dell'ente stesso, sia in linea di principio abilitato a svolgere, nell'interesse di questo, in via esclusiva attività professionale, intesa nel senso comprensivo sia di quella giudiziaria che della extragiudiziaria"*.

(6) DANOVÌ R. *"Corso di Ordinamento forense e deontologia"*, Milano, 1995, pag. 110 e segg.; per la definizione di "cause ed affari dell'Ente" altre considerazioni vengono svolte dalla sentenza della Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367 cit.

(7) Sul particolare requisito dell'inquadramento stabile v. Cass. Sez. Un. n. 28049 del 25 novembre 2008.

(8) In tema di adibizione esclusiva v. Cass. Sez. Un. n. 18359 del 19 agosto 2009.

campo della Pubblica Amministrazione si manifesta in diversa maniera.

Presso un Ente pubblico l'esercizio dell'attività professionale forense è consentito nei riguardi di dipendenti del medesimo solo a condizione che non vi siano "contaminazioni" tra l'amministrazione attiva dell'Ente, a cui è rimessa la rappresentanza sostanziale della volontà della Pubblica Amministrazione ed il professionista legale che, nell'esercizio della propria professione deve poter garantire quella necessaria autonomia di gestione della causa propria di tutti coloro che esercitano tale professione.

Qualora tali condizioni non fossero realizzate l'Ente pubblico non può costituire un autonomo ufficio legale al suo interno con la conseguente cancellazione dall'albo (o la mancata iscrizione) di quei dipendenti che si trovassero in tali situazioni. Le "cause e gli affari legali dell'Ente" dovrebbero essere pertanto affidate a professionisti del libero Foro (9).

La richiesta di autonomia organizzativa e funzionale degli avvocati delle Pubbliche amministrazioni non è diretta, pertanto, alla mera tutela di "privilegi" o di "status" o all'aspirazione di una mera diversificazione dagli altri dipendenti o dalle strutture dirigenziali in genere dell'Ente, ma è coerente alla necessità che l'esercizio della professione forense all'interno di un Ente pubblico sia adeguato a quegli "standards" propri dell'attività libero professionale svolta dagli avvocati del libero Foro, con i quali quotidianamente gli avvocati pubblici si confrontano.

Le avvocature pubbliche

Dopo aver inquadrato il problema sotto l'aspetto normativo, sono possibili ora alcune considerazioni sul fenomeno delle c.d. avvocature pubbliche, ovvero della denominazione che sempre più spesso hanno assunto gli uffici legali degli Enti pubblici.

Il problema della gestione del contenzioso delle Pubbliche amministrazioni, da certo tempo a questa parte, è oggetto di particolare attenzione da

(9) Particolarmente attenta al fenomeno è la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno avuto modo di statuire che "Il professionista legale esercita con libertà ed autonomia le funzioni di competenza, con sostanziale estraneità dall'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione amministrativa". In questi termini la massima della sentenza della Cass. Sez. Un. 18 aprile 2002 n. 5559, in *Foro it.*, 2002, I, 2701 con nota di L. CARBONE. Sui principi di autonomia professionale ed organizzativa, oltre alla sentenza appena citata si veda anche Cass. Sez. Un. 14 marzo 2002 n. 3733; Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367; Cass. Sez. Un. 10 maggio 1993 n. 5331. In dottrina V. R. DANOVÌ, *Ordinamento Forense e Deontologia*, Giuffrè, 1995, pag. 110 e segg.; L. CARBONE, *Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio nazionale forense*, *Foro it.*, 2002, I, 2702 con i riferimenti ivi citati.

Si occupano dello specifico problema, con un approfondimento organico di tutta la materia relativa alle avvocature pubbliche, R. GIANI – S. IMBRIACI, *L'avvocato dipendente di ente pubblico – Organizzazione e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2009.

parte degli amministratori pubblici (10).

I sempre maggiori compiti rimessi alle Pubbliche amministrazioni, soprattutto quelle locali, il nuovo rapporto con gli utenti caratterizzato da una maggior presenza del cittadino nel procedimento amministrativo (il quale però comporta una maggior possibilità di contenzioso), la progressiva privatizzazione dei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni (aspiranti dipendenti nei concorsi, fornitori, rapporti contrattuali in genere ecc...), ha comportato un aumento delle posizioni di conflitto e la consapevolezza dell'importanza di una adeguata "gestione del contenzioso" da rimettersi a particolari figure professionali.

Sotto un altro aspetto, la complessità dell'azione amministrativa, la contraddittorietà spesso delle stesse fonti normative, ha messo in evidenza come sia necessario alle Amministrazioni fornirsi di adeguate consulenze legali specifiche (anche in vista di evitare possibili contenziosi futuri).

Per tali attività tradizionalmente le Amministrazioni si rivolgevano a professionisti del libero Foro; tuttavia è emerso come l'attività di difesa in giudizio e consulenza legale richieda, per una sua maggiore efficacia, una continuità di presenza che non si risolve in meri incarichi da affidare di volta in volta a distinti professionisti esterni.

L'accrescersi di competenze specifiche e di adeguata preparazione anche da parte di alcuni dipendenti pubblici (dotati di abilitazione alla professione forense) ed il riscontro in ordine ai costi spesso rilevanti di una consulenza esterna oltre che talora "difficilmente controllabili", hanno indotto le pubbliche amministrazioni a sperimentare con sempre maggiore frequenza la possibilità di istituire un autonomo ufficio legale interno, affidato ad uno o più avvocati dipendenti. Il ricorso all'istituzione di uffici legali interni è recentemente incrementato tanto che è sensibilmente aumentata la richiesta di iscrizione all'elenco speciale dell'Albo degli avvocati da parte di dipendenti addetti ad uffici legali, anche se – come sopra si è esaminato – tale dato assume un carattere fisiologico.

La realtà presenta, per vero, situazioni alquanto diversificate; molte sono le tipologie di uffici legali che sono stati sperimentati; solitamente solo Enti pubblici di medie o grandi dimensioni possono trovare convenienza nell'istituzione di un autonomo ufficio legale.

Un **primo gruppo** di tipologie è costituito dagli Enti di piccole e medie dimensioni dove l'ufficio è composto da uno o alcuni professionisti, il carico

(10) Non fa parte del presente lavoro l'analisi di altre situazioni riscontrabili all'interno delle pubbliche amministrazioni, dove una parte del contenzioso può essere seguito (anche nella fase giudiziaria con la rappresentanza in giudizio) da uffici a cui sono preposti funzionari amministrativi. Per esempio gli uffici per il contenzioso in materia di pubblico impiego previsti ora dall'art. 12 del D.Lgvo 30 marzo 2001 n. 165, ovvero la difesa della P.A. senza onere di patrocinio ai sensi dell'art. 417 *bis* del c.p.c., ovvero la rappresentanza e difesa dell'Ente impositore nel processo tributario.

di contenzioso giudiziario è esiguo (non di rado il contenzioso minore) e il professionista legale svolge prevalentemente un'attività di consulenza interna agli organi dell'Ente. Usualmente le controversie di maggior rilievo o che riguardano particolari materie specialistiche sono affidate alla cura di avvocati del libero Foro e i professionisti interni svolgono una funzione di "collegamento" tra gli uffici dell'Ente e l'avvocato esterno cui è affidata la cura della gestione giudiziaria delle cause. In queste situazioni, essendo l'attività legale legata al contenzioso giudiziario non particolarmente pesante, non di rado al dipendente-avvocato vengono affidate anche altre mansioni *lato sensu* "giuridico-legali" come la responsabilità di uffici quali quello degli "affari generali" ovvero del personale, incarichi che "affiancano" quello della titolarità dell'ufficio legale, con il compimento vero e proprio di attività amministrativa propriamente detta.

Un **secondo gruppo** è costituito da quegli uffici legali che si collocano all'interno di Amministrazioni pubbliche di maggiori dimensioni che si avvalgono della rappresentanza e difesa dell'Avvocatura dello Stato (Regioni per esempio): in questo caso l'ufficio legale è di adeguate dimensioni, risulta organicamente organizzato, con plurime competenze anche per la presenza di un maggior numero di professionisti. Atteso che una parte del contenzioso giudiziario è assunto dall'Avvocatura dello Stato residua, comunque, la competenza dell'ufficio legale in ordine alla rappresentanza in giudizio per quelle cause in cui vi sarebbe incompatibilità per l'Avvocatura dell'Erario, come le vertenze che vedono l'Ente contrapposto all'Amministrazione statale. Oltre all'attività di "collegamento" con l'Avvocatura dello Stato per il contenzioso giudiziario a questa affidato, prevalente risulta l'attività di consulenza legale agli organi dell'Ente, nonché la partecipazione all'attività amministrativa con l'utilizzazione dei professionisti legali in commissioni collegi amministrativi ecc... (11).

Un **terzo gruppo** è rappresentato, infine, da quelle avvocature costituite all'interno di Enti le quali si occupano, in via esclusiva e completa, di tutto il contenzioso giudiziario in qualunque grado di giudizio come su qualsiasi materia. E' il caso delle avvocature costituite presso i maggiori Enti previdenziali (come l'INPS o l'INAIL o l'INPDAP), ovvero le avvocature civiche dei Comuni di maggiori dimensioni. La presenza di un rilevante numero di profes-

(11) Si registra una interessante linea di tendenza in proposito. Alcune Regioni a statuto ordinario hanno provveduto alla costituzione di autonome avvocature regionali a cui affidare la gestione dell'intero contenzioso giudiziario, anche quello in precedenza curato dall'Avvocatura dello Stato. Per esempio la Lombardia, la Toscana, la Puglia e l'Abruzzo si sono dotate di una apposita struttura denominata "Avvocatura regionale"; altre Regioni si sono dotate di strutture con caratteristiche corrispondenti, fra le quali sono da menzionare la Calabria, la Campania e l'Emilia Romagna. Con legge regionale 16 agosto 2001 n. 24 anche la Regione del Veneto ha provveduto all'istituzione di una "avvocatura regionale" sul modello di quelle già adottate dalle altre Regioni.

sionisti, con specializzazione nelle varie branche del diritto e con la presenza di un adeguato numero di professionisti abilitati al patrocinio avanti alle Corti superiori, consente a questi Enti di essere completamente autosufficienti in materia di difesa in giudizio e di consulenza legale. In tali realtà le avvocature costituiscono un complesso organizzato che prevede spesso diverse dislocazioni territoriali, con la presenza di una o più strutture territoriali o centrali di coordinamento dell'attività professionale (12).

Nel presente intervento è fuori dall'intenzione di chi scrive entrare nel merito circa la presenza o meno, nelle tipologie di uffici legali che si sono esaminati, di tutti i requisiti previsti dalla legge per la loro costituzione (13). Il ricorrere ad un tipo o all'altro di ufficio legale da parte degli Enti pubblici dipende da una serie di circostanze, quali le risorse economiche a disposizione, il reperimento di adeguato personale professionalmente preparato, le dimensioni dell'Ente e le sue articolazioni territoriali ecc ...

Può essere utile, tuttavia, domandarsi quale fra le tipologie che si sono esaminate meglio corrisponda agli interessi di un Ente pubblico ai fini della sua tutela giudiziaria o per una proficua consulenza legale specialistica. Nei primi due casi tanta parte di questa attività viene "esternalizzata"; ciò comporta che l'Ente è costretto a richiedere sempre all'esterno tali professionalità. Visto che, come sopra evidenziato, ormai la "gestione delle controversie" sta assumendo un aspetto rilevante della attività delle Pubbliche amministrazioni, è da chiedersi se sia davvero opportuno lo svolgimento di tale attività all'esterno, verificando se, invece, non sia preferibile che si proceda alla valorizzazione delle risorse interne.

Quanto mai importante per una pubblica amministrazione dovrebbe essere la capacità di non esternalizzare il patrimonio di conoscenze giuridiche proprie del settore di attività, in modo da poter sempre più con maggiore efficacia intervenire nella cura dell'interesse pubblico affidato. Questo dovrebbe essere il "core business" di ogni amministrazione.

(12) In particolare, con riguardo alle avvocature degli Enti previdenziali pubblici è intervenuta una disposizione speciale contenuta nella legge finanziaria per il 2001. Tale norma è l'art. 69, comma 16, l. 23 dicembre 2000 n. 388 che testualmente dispone: "Gli enti pubblici che gestiscono forme di previdenza e assistenza obbligatorie, affidano l'attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio alle avvocature istituite presso ciascun ente. Nei casi di insufficienza o mancanza di avvocature interne la predetta attività può essere assicurata dalle avvocature esistenti presso altri enti di comparto, mediante convenzioni onerose, che disciplinano i relativi aspetti organizzativi, normativi ed economici. Il trattamento giuridico ed economico degli appartenenti alle avvocature costituite presso gli enti è disciplinato dai rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro e comunque senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato". Tale disposizione normativa sembra prevedere una vera e propria riserva di competenza (competenza esclusiva) a favore delle avvocature circa la gestione del contenzioso legale degli Enti previdenziali.

(13) La vigilanza su tale materia è rimessa d'altronde agli Ordini professionali.

Natura dell'attività dell'ufficio legale in una pubblica amministrazione - Ruolo strategico dell'avvocatura

A questo punto occorre analizzare con maggior precisione l'attività svolta da un professionista legale all'interno di una Pubblica amministrazione.

L'avvocato di un ufficio legale costituito presso un Ente pubblico esercita la sua professione secondo le norme comuni proprie di qualsiasi altro avvocato del libero Foro; l'unica distinzione risiede nell'iscrizione nell'apposito elenco annesso all'Albo professionale e nel fatto (diretta conseguenza di tale iscrizione) che lo *jus postulandi* non è di carattere "generale", come qualsiasi avvocato del libero Foro (il quale può accettare il mandato da qualsiasi soggetto salve le incompatibilità) ma è "speciale", limitato alla difesa e rappresentanza dell'Ente presso il quale presta la sua opera (14).

Come evidenziato sopra, all'avvocato pubblico è escluso il conferimento di attività di gestione amministrativa. Questo comporta che, secondo i principi del diritto amministrativo, egli non è titolare di rappresentanza "organica" dell'Ente presso il quale lavora; tale rappresentanza è rimessa esclusivamente agli organi dell'Ente secondo il riparto delle rispettive competenze, i quali sono gli unici a manifestare la volontà dell'Ente ed ad impegnarlo nei rapporti con i terzi.

Ne consegue che l'avvocato pubblico svolge la sua attività di rappresentanza unicamente in forza della procura alle liti (nel campo civile) che deve essere conferita dall'Ente (speciale, per ogni distinta controversia, ovvero generale se per tutte le controversie) e spiega effetti solo all'interno dell'ordinamento processuale come per ogni altro avvocato. Egli non ha pertanto la rappresentanza "sostanziale" dell'Ente che può essere conferita, al pari degli altri avvocati libero-professionisti, con la procura alle liti, limitatamente per alcune attività della controversia (ricevere somme, quietanzare, transigere la lite).

Stesse considerazioni si dovrebbero effettuare per l'attività di carattere consulenziale svolta per gli organi dell'Ente; tale attività rimane di carattere "interno" (solitamente sottratta al diritto di accesso (15)) e da essa non deri-

(14) Tale divieto si desume dall'art. 3 della Legge professionale forense sopra esaminata. Una eccezione a tale divieto è normativamente prevista per le avvocature degli Enti previdenziali pubblici ai sensi della disposizione speciale contenuta nella legge finanziaria per il 2001; tale norma è l'art. 69, comma 16, l. 23 dicembre 2000 n. 388 sopra riferita, che consente l'utilizzo di forme di collaborazione convenzionali tra le avvocature degli Enti in parola. Un'altra eccezione è stata introdotta per gli enti locali i quali possono istituire, mediante apposite convenzioni, uffici unici di avvocatura per lo svolgimento di attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati ai sensi dell'art. 2, comma 12, della legge 24 dicembre 2007 n. 244.

(15) In merito all'accesso agli atti di una avvocatura pubblica relativi ad una lite pendente, si veda Consiglio di Stato, sez. V, dec. 19 dicembre 2000 – 2 aprile 2001 n. 1893 (in *Guida al Diritto*, 2001, 27, pag. 86 con commento di O. FORLENZA).

vano impegni diretti per l'Amministrazione di appartenenza, se non attraverso gli atti compiuti dagli organi preposti.

Per tali ordini di ragioni se si dovesse ricondurre l'attività del professionista legale all'interno della Pubblica amministrazione secondo la tripartizione classica di tale attività (amministrazione attiva, consultiva e di controllo) senza dubbio la stessa sarebbe riconducibile alla amministrazione consultiva, che consente il mantenimento di quel principio di indipendenza professionale che costituisce il cardine dell'attività forense.

Il divieto pertanto dello svolgimento di attività amministrativa c.d. "attiva" (con responsabilità all'interno del procedimento amministrativo) da parte dell'avvocato pubblico non discende solo dall'interpretazione della norma dell'art. 3 della legge professionale, ma risulta aderente alla natura dell'attività espletata all'interno della pubblica amministrazione.

Il pericolo che può generare una commistione tra le funzioni propriamente legali e quelle amministrative non riguarda solamente la possibilità stessa della permanenza di un ufficio legale interno, ma riguarda l'opportunità che una delicata attività difensiva e di consulenza sia svolta con preparazione, competenza professionale ed autonomia.

Anche l'attività consulenziale infatti deve essere svolta con adeguata "autonomia": essa, infatti, è diretta a dare alla questione sottoposta una valutazione e giudizio sereni, con l'indicazione obiettiva delle possibili soluzioni giuridicamente corrette e con l'evidenza dei rischi per soluzioni alternative. Il parere legale da rendere, in sostanza, non deve essere semplicemente "allineato" alle aspettative di chi formula la questione, onde evitare che alla fine si trasformi in una sorte di "copertura" a quanto si ha intenzione di fare, ma

Il caso sottoposto all'esame, consente all'Organo della giustizia amministrativa, nella citata sentenza, di formulare una tripartizione dell'attività di consulenza legale resa, sia da un libero professionista che da una avvocatura pubblica, con un diverso regime del diritto di accesso dei rispettivi atti:

Il Consiglio di Stato distingue tra:

- 1) consulenze legali rese nell'ambito di una apposita istruttoria procedimentale in vista dell'adozione di un atto amministrativo che solitamente richiama il parere nella motivazione: in tal caso il parere è sottoposto al regime del diritto di accesso in quanto correlato ad un procedimento amministrativo;
- 2) consulenza legale che non è destinata a sfociare in un provvedimento amministrativo resa dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale o anche meramente amministrativo) ovvero dopo il compimento di tipiche attività precontenziose al fine di definire la propria strategia difensiva o in vista del possibile esito della lite: in questo caso le consulenze sono caratterizzate dalla riservatezza e l'atto ben può essere sottratto al diritto di accesso;
- 3) consulenza legale resa in una fase intermedia successiva alla definizione del rapporto amministrativo ma precedente all'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso per consentire all'amministrazione di articolare le proprie strategie difensive: anche in questo caso la consulenza è riservata e sottratta al diritto di accesso.

Interessante notare come il commentatore della sentenza non riconduca tanto il divieto di accesso (ovvero il suo differimento) alle norme relative al segreto professionale, bensì al principio del diritto di difesa da parte della P.A. ex art. 24 della Costituzione, considerando che l'azione dell'ente e la stessa attività di consulenza non rientra nel concetto di "attività amministrativa".

deve essere un qualificato contributo per la soluzione giuridica del caso prospettato.

Fatte queste osservazioni occorre esaminare ora come venga considerata, di norma, da parte dell'amministratore pubblico la gestione del contenzioso dell'amministrazione cui è preposto. Normalmente il contenzioso giudiziario è visto quale momento "patologico" dell'attività amministrativa, sovente interviene durante lo svolgersi del procedimento amministrativo bloccandolo con inevitabili conseguenze negative per la realizzazione delle finalità cui era rimesso il procedimento. Prevale, pertanto, una visione "negativa" del contenzioso collegata agli aspetti pregiudizievoli che questo comporta.

Non è infrequente che l'amministrazione decida caso per caso l'atteggiamento da adottare nell'evenienza di contestazione giudiziaria di propri provvedimenti, con l'affidamento di volta in volta al professionista che si ritiene maggiormente preparato (o spesso solo quello più economico) per il caso concreto.

Questo, tuttavia, comporta:

- una difesa che rimane legata al singolo caso o vicenda ed è pertanto di tipo "occasionale" e non considera, invece, il complesso delle attività della pubblica amministrazione;
- il disperdersi del patrimonio di conoscenza legale che viene affidato di volta in volta al professionista incaricato, ma che "esce" dall'amministrazione pubblica e non consente la formazione di una "memoria" condivisa interna sugli aspetti di maggior riguardo dell'attività amministrativa.

In realtà, lo studio accurato del contenzioso di una pubblica amministrazione potrebbe consentire la messa a disposizione di un'elevata quantità di informazioni circa i "settori di rischio" dell'attività amministrativa. Una corretta mappatura del contenzioso consente di far emergere procedure non legittime, carenze di legalità in singoli procedimenti ovvero in settori particolari, deviazioni di comportamenti rispetto la regola di legalità ecc...

Nasce, pertanto, una nuova esigenza per l'Ente: quello di avere a disposizione un ufficio con elevata professionalità e conoscenza del diritto che possa rappresentare lo strumento efficace per garantire maggiore legalità e legittimità all'attività amministrativa: in questo senso potrebbe essere considerato il nuovo ruolo delle avvocatature interne delle pp.aa., in considerazione del progressivo venir meno degli istituti classici deputati al controllo degli atti delle amministrazioni (16).

Questo consente in definitiva il perseguimento di un obiettivo molto im-

(16) In alcuni regolamenti sul funzionamento degli uffici legali interni – avvocatature viene assegnato a queste ultimi il compito di provvedere a controlli a campione aventi per oggetto la legittimità degli atti amministrativi. Al precedente modello dei controlli di legittimità "esterni" viene sostituito il modello dell'affidamento di tali compiti all'avvocatura interna.

portante per ciascun ente: quello della sempre maggiore “qualità amministrativa” dei propri provvedimenti. Il perseguimento di questo risultato consente, anche, di poter affrontare serenamente l’eventuale contestazione giudiziaria dell’attività compiuta.

I “report” che possono essere richiesti all’avvocatura interna (proprio in ragione della conoscenza dell’esito della contestazione giudiziaria e degli orientamenti della giurisprudenza) possono consentire di intervenire in quei settori ove maggiore è il contenzioso al fine di capirne il fenomeno per studiarne i possibili rimedi. Essi contengono, inoltre, dati che possono essere utilizzati ai fini della valutazione dei dirigenti a cui - in fin dei conti - è rimessa la responsabilità dei settori di rispettiva competenza.

Corollario necessario a queste nuove funzioni, che ben possono essere richieste all’avvocatura interna, è che l’elevata professionalità di cui deve disporre deve accompagnarsi ad una effettiva autonomia ed indipendenza dagli altri settori dell’amministrazione in posizione di diretta collaborazione con gli organi di vertice.

Al pari degli altri organi di valutazione interna si comprende come - anche senza il ricorso alla normativa vigente sopra esaminata - all’avvocatura della pubblica amministrazione debba essere garantito un ruolo di collaborazione diretta con gli organi di vertice che devono disporre di valutazioni indipendenti ed autorevoli del proprio ufficio legale interno. Tutto questo al fine di poter meglio utilizzare un ufficio che, diversamente organizzato, non sarebbe in grado di svolgere appieno un servizio proficuo per l’Ente di appartenenza.