

**I RECENTI INTERVENTI NORMATIVI
IN MATERIA DI AVVOCATI DIPENDENTI
DI ENTI PUBBLICI: DALLA NUOVA LEGGE
PROFESSIONALE (ART. 23 L. N. 247/2012) AL D.L. N.
90/2014 SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

DI SILVANO IMBRIACI

SOMMARIO: 1. Premessa. Enti pubblici e assistenza legale. — 2. L'art. 23 l. 31 dicembre 2012, n. 247. — 2.1. Le caratteristiche dell'ufficio legale dell'ente. — 2.2. La figura professionale dell'avvocato dipendente: autonomia, indipendenza, esclusività. — 3. Il trattamento economico: la natura dei compensi professionali. — 3.1. Disciplina dei compensi professionali. Il concorso tra fonti normative, regolamentari e contrattuali. — 3.2. L'art. 23 della l. n. 247/2012 ed il compenso adeguato. — 3.3. I più recenti provvedimenti legislativi nell'ottica della riduzione dei compensi professionali: *spending review* e legge di stabilità per il 2014. — 3.4. L'art. 9 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e la sua riformulazione nella legge di conversione (l. 11 agosto 2014, n. 114).

1. Premessa: enti pubblici ed assistenza legale.

Per far fronte alle esigenze di consulenza legale e per il necessario patrocinio connesso alla difesa in giudizio, i soggetti pubblici diversi dalle amministrazioni statali (per le quali provvede normalmente l'Avvocatura dello Stato), in via generale, si avvalgono di avvocati dipendenti stabilmente dedicati alla difesa tecnica dell'ente ⁽¹⁾.

Nella disciplina legislativa, regolamentare e contrattuale che riguarda questa particolare figura professionale, e nella relativa giurisprudenza, emergono temi e problemi strettamente legati alla necessità di far conciliare l'appartenenza dell'avvocato pubblico ad un ordine professionale e la sua veste di dipendente, il tutto nella costante

⁽¹⁾ Per un primo approccio sui temi connessi alla figura dell'avvocato dipendente di ente pubblico, vedi GIANI-IMBRIACI, *L'avvocato dipendente di ente pubblico. Organizzazione e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2009; CAPURSO, *Lo status dell'avvocato dipendente di ente pubblico*, in questa Rivista, 2010, 138 e ss.; CARRONE, *Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio Nazionale Forense*, in *FI*, 2002, I, 2703 e ss.; MURRA, *Verso uno statuto unitario dell'avvocatura pubblica?*, in *GA*, 2008, 115 e ss.; TRENTINI, *L'Avvocato degli enti pubblici. Commentario ragionato di legislazione, giurisprudenza e prassi*, Filodiritto editore, Bologna, 2013.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

99

I ricerca dei necessari profili di identificazione idonei a consentire l'iscrizione al relativo albo, sia pure in un elenco speciale ⁽²⁾.

In un primo tentativo di sintetizzare questi due modi d'essere, già la legge professionale di cui al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (Ordinamento delle Professioni di Avvocato e Procuratore) aveva costruito la figura dell'avvocato dipendente in termini di deroga al principio di incompatibilità tra esercizio della professione e lavoro subordinato, con specifico riferimento agli *avvocati degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualsiasi modo presso gli enti pubblici per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestino la loro opera* (art. 3, comma 4, lett. b). Anche la stessa Corte Costituzionale, del resto, ha sempre avuto ben presente la necessità di armonizzare, in questa particolare figura di lavoratore pubblico, l'esercizio di attività professionale in posizione di indipendenza e la soggezione ai doveri e alle limitazioni del lavoro dipendente ⁽³⁾, con ciò inevitabilmente condizionando la giurisprudenza successiva nella ricostruzione del profilo di autonomia e di indipendenza, legati allo svolgimento di attività professionale individuale, ma anche relativi all'ufficio di appartenenza.

2. L'art. 23 l. 31 dicembre 2012, n. 247.

La nuova disciplina dell'Ordinamento Forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247) contiene una specifica norma (art. 23) ⁽⁴⁾ dedicata agli Avvocati degli Enti Pubblici, all'interno del Titolo II che tratta delle questioni relative alla tenuta degli albi, elenchi e registri.

Appare evidente il mutamento di prospettiva rispetto alla previgente normativa. Il già citato art. 3, comma 4, lett. b) del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, come abbiamo visto, lasciava infatti emergere la figura dell'avvocato dipendente in negativo, sostanzialmente mediante la descrizione di un'ipotesi derogatoria al principio della incompatibilità tra esercizio della professione legale e lavoro dipen-

⁽²⁾ È opportuno precisare che è l'iscrizione all'albo e non il rapporto di lavoro con l'ente a legittimare l'avvocato dipendente all'esercizio dell'attività difensiva (a differenza di quanto accade per l'Avvocatura dello Stato). Sui rapporti tra legge professionale e regolamentazione del rapporto di lavoro cfr. ADDA, *Avvocati di enti pubblici e tutela della professionalità* (nota di commento a Cass., sez. un., 24 aprile 1990, n. 3455), in *GC*, 1991, 159-165.

⁽³⁾ Corte Cost., 28 luglio 1988, n. 928, in *GI*, 1989, I, 1, 1088.

⁽⁴⁾ Su cui cfr. CAPURSO-IMBRIACI, *Avvocati degli enti pubblici*, in *Prev. For.*, 2/2013, 153 e ss.

dente ⁽⁵⁾, laddove il nuovo art. 23 vede, invece, l'introduzione diretta (ed in positivo) nel testo, di alcuni connotati fondamentali di identificazione di questa figura professionale nonché, in parallelo, dell'ufficio legale di ente pubblico, così come sono emersi nel corso della ricca elaborazione giurisprudenziale formatasi sul tema. In questo modo assumono dignità di legge i profili della piena indipendenza ed autonomia, della esclusività e stabilità nella trattazione degli affari legali, del trattamento economico adeguato alla funzione professionale, quali requisiti — si osservi fin d'ora, garantiti anche in via contrattuale — per l'iscrizione nell'elenco speciale della legge professionale e, più in generale, per consentire lo *ius postulandi* a favore delle pubbliche amministrazioni.

Deve dunque annotarsi, come primo elemento di riflessione, l'esigenza del legislatore di fissare, con una norma tendenzialmente completa, almeno nelle intenzioni, una serie di prerogative minime ed irrinunciabili per la ricostruzione della figura dell'avvocato dipendente di ente pubblico, attraverso il recupero di indicazioni che erano lentamente, ma abbastanza chiaramente, emerse in giurisprudenza, in assenza di puntuali disposizioni normative. E la volontà di assegnare a tali principi una maggiore forza di resistenza si rivela non solo nella natura dell'impianto normativo in cui sono delineati (si tratta di legge primaria), ma anche nella indicazione esplicita della garanzia della loro previsione nella disciplina (contrattuale e non) di dettaglio.

2.1. *Le caratteristiche dell'ufficio legale dell'ente.*

Per consentire l'iscrizione dell'avvocato dipendente nell'elenco speciale annesso all'albo, l'attività del singolo legale deve muoversi in una struttura, che possa definirsi « ufficio legale », e che sia quindi idonea ad assicurare il libero ed autonomo esercizio delle funzioni professionali ⁽⁶⁾. Di questo aspetto è ben consapevole l'art. 23 cit.,

⁽⁵⁾ Cfr. le considerazioni di CAPURSO, *Lo status dell'avvocato dipendente di ente pubblico*, cit., in questa *Rivista*, 2010, 138 e ss. Occorre anche rilevare che nell'art. 3 manca una disciplina dei rapporti organici tra ufficio legale ed altre strutture dell'ente, così come dei rapporti funzionali tra gli stessi avvocati all'interno dell'ufficio. Ma più in generale manca qualsiasi riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti avvocati, che tenga conto delle specificità dell'attività professionale; cfr. le acute osservazioni di GISONDI, *Status giuridico degli avvocati dipendenti da enti pubblici e profili organizzativi dell'attività legale svolta come servizio interno di pubbliche amministrazioni*, in *RAMMRE*, 1998, fasc. 7-8, pt. 2, 716 e 721 (nota 4).

⁽⁶⁾ In termini T.A.R. Napoli, sez. V, 6 giugno 2006, n. 6751, in *FA (TAR)*,

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

101

I soprattutto nella parte in cui (secondo comma) condiziona l'iscrizione degli interessati nell'elenco speciale, annesso all'albo, alla *stabile* costituzione all'interno dell'ente di un *ufficio legale*, con *specificata attribuzione* della trattazione degli affari legali dell'ente e appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato *in forma esclusiva* di tali funzioni.

Da un punto di vista soggettivo è necessario prima di tutto che ad istituire l'ufficio legale sia un *ente pubblico*. Nella individuazione dei necessari indici di *pubblicità*, fin dalle prime decisioni sul tema e soprattutto a cavallo tra gli anni '80 e '90 ⁽⁷⁾, la Cassazione non aveva dato rilievo alla prevalenza del capitale pubblico, limitandosi a seguire il criterio formale della personalità giuridica (conformemente ad una interpretazione restrittiva dell'ambito della deroga di cui all'art. 3 i. prof.) ⁽⁸⁾. In seguito l'approccio è stato meno formale, sotto la spinta del fenomeno delle privatizzazioni e del consolidamento in ambito comunitario della definizione di *organismo di diritto pubblico* ⁽⁹⁾, com-

2006, 6, 2155 (confermata da Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6336, in *FA (CDS)*, 2009, 10, 2339). Già alcuni Ordini Professionali, in sede di apposito Regolamento ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale, richiedono, quale pre-requisito, l'avvenuta costituzione di un ufficio legale all'interno dell'ente (cfr. il Regolamento degli Uffici Legali degli Enti Pubblici ai fini dell'iscrizione nell'Elenco Speciale adottato dal COA di Roma il 12 dicembre 2013).

⁽⁷⁾ Cass., sez. un., 12 gennaio 1987, n. 115, in *MGC*, 1987, fasc. 1. Si vedano ad esempio anche le decisioni delle sezioni unite della Cassazione che hanno riguardato gli addetti all'ufficio legale della GEPI (n. 7945/1990, in *GC*, 1990, I, 2833), i dipendenti SIP (n. 7939/1990, in *GI*, 1991, I, 294), della SPA Aeroporti di Roma (n. 11857/1991, in *MGC*, 1991, fasc. 11), di Alitalia (n. 12017/1991, in *FI*, 1992, I, 702), di Efibanca (n. 12016/1991, in *MGC*, 1991, fasc. 11), della RAI (n. 10490/1996, in *GI*, 1997, I, 1, 569) e dell'INPGI (n. 15147/2001, in *MGC*, 2001, 2048).

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 28 novembre 2001, n. 15147, in *MGC*, 2001, 2048; Cass., 26 novembre 1996, n. 10490, in *GI*, 1997, I, 1, 569. Sul punto osserva CARBONE, *Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio nazionale forense*, cit., 2703, che le eccezioni alla incompatibilità, nel caso di trasformazioni, riguardavano legali già dipendenti della pubblica amministrazione al momento della trasformazione, all'interno di uffici legali staccati ed autonomi, con specifica ed esclusiva trattazione delle cause e degli affari dell'ente. Per gli enti pubblici economici privatizzati, cfr. l'art. 3, II comma, l. n. 218/1990. Sugli effetti della privatizzazione sul diritto all'iscrizione dell'avvocato dipendente nell'elenco speciale cfr. Russo, *Privatizzazione e posizioni giuridiche tutelate: l'iscrizione all'elenco speciale annesso all'Albo degli avvocati*, (nota di commento a Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5301), in *GC*, I, 1998, 160-163.

⁽⁹⁾ Art.1, par. 9, II e III comma della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE — che ha sostituito la Direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE.

prendente le società per azioni controllate o a prevalenza di capitale pubblico ed inserite nell'organizzazione funzionale dell'ente⁽¹⁰⁾. Questa linea interpretativa, adottata da quella giurisprudenza che ha ritenuto rilevante la relazione tra le funzioni svolte dall'ente e l'attività pubblica⁽¹¹⁾, riecheggia anche nel disposto di cui all'art. 23, primo comma, della l. n. 247/2012, in quanto la trasformazione degli enti pubblici in formali società private non rileva in presenza di quegli indici di pubblicità che il testo della norma sintetizza nel concetto di *partecipazione prevalente da parte degli enti pubblici*. Se ne deduce che, rispetto agli angusti limiti dell'art. 3 del r.d.l. n. 1578/1933, derivanti essenzialmente dal contesto socio-economico di riferimento, risulta ora più facile riconnettere alla categoria di ente pubblico, almeno ai nostri fini, anche quelle organizzazioni riconducibili, secondo le parole della Corte Costituzionale⁽¹²⁾, al concetto di « attività amministrativa in forma privatistica », ossia le società prevalentemente partecipate da enti pubblici che svolgano attività di interesse pubblico.

Passando poi al versante organizzativo, la decisione iniziale di istituire un ufficio legale con avvocati dipendenti costituisce sicuramente espressione di una attività di natura discrezionale⁽¹³⁾. Tuttavia, con l'art. 23 della nuova legge professionale, in modo ancor più evi-

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *GC*, 2005, 7/8, I, 1781. Cfr. COGLIANI-GIARDINO, *S.p.A. partecipa da soggetti pubblici. L'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*, in *GDA*, 2005, 11, 1186.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 22 gennaio 2002, n. 715, in *RCdc*, 2002, 2, 277 e anche Cass., sez. un., 16 luglio 2008 n. 19496, in *MGC*, 2008, 7-8, 1147 e Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899 in *GC*, 2005, 1, I, 207

⁽¹²⁾ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *FI*, 2010, 3, I, 786.

⁽¹³⁾ La scelta di istituire un'avvocatura interna costituisce atto discrezionale di macro-organizzazione (sindacabile di fronte al Giudice amministrativo: cfr. T.A.R. Napoli, 18 dicembre 2003, n. 15454, in *FA (TAR)*, 2003, 3602). In alcuni casi, tuttavia, la scelta è compiuta direttamente dal legislatore, come accade per le avvocature degli enti previdenziali, laddove l'art. 69, comma 16, della legge n. 388/2000 prevede espressamente che gli enti pubblici che gestiscono forme di previdenza ed assistenza obbligatorie affidano l'attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza alle avvocature istituite presso ciascun ente, e che nei casi di insufficienza o mancanza di avvocature interne la predetta attività può essere assicurata dalle avvocature esistenti presso altri enti del comparto. Cfr. CAPURSO, *Lo status dell'avvocato dipendente di ente pubblico*, cit., in questa *Rivista*, 2010, 139. Sulle diverse modalità di costituzione di uffici del contenzioso all'interno delle amministrazioni e sulle opzioni alternative rispetto alla istituzione una avvocatura interna, sia consentito rinviare alla classificazione proposta in GIANI-LIBRIACI, *L'avvocato dipendente di ente pubblico. Organizzazione e rapporto di lavoro*, cit., 64.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

103

I dente rispetto alla precedente disciplina ⁽¹⁴⁾, l'esercizio del potere di organizzazione finalizzato alla costituzione di rapporti di lavoro con avvocati dipendenti riceve, in senso conformativo ⁽¹⁵⁾, alcune stringenti indicazioni già emerse, peraltro, in ambito giurisprudenziale ⁽¹⁶⁾: gli avvocati dipendenti devono essere addetti ad un ufficio legale che costituisca un'unità organizzativa autonoma, caratterizzata da una sostanziale estraneità rispetto all'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza rispetto a tutti i settori previsti in organico, sostanzialmente sprovvista di compiti di gestione, e che sia dotata di un adeguato supporto amministrativo e di mezzi strumentali necessari al fine di consentire l'espletamento in via esclusiva dell'attività professionale ⁽¹⁷⁾. Pertanto, anche il semplice inserimento dell'ufficio legale in una struttura amministrativa più ampia, alle dirette dipendenze dell'apparato amministrativo, è stato riconosciuto come elemento idoneo a diluire, e quindi a compromettere, l'autonomia legale del singolo dipendente avvocato ⁽¹⁸⁾. L'art. 23, dunque, grazie alle sue puntuali indicazioni, sembra in grado di superare la tesi, che si era formata sul testo previgente, e che comunque aveva avuto un certo seguito in giurisprudenza, secondo cui le norme dell'ordinamento professionale non si spingono a tal punto da garantire necessariamente la natura o posizione *apicale* dell'ufficio, essendo sufficiente preservarne la piena autonomia funzionale, indipendentemente dalla

⁽¹⁴⁾ Secondo T.A.R. Umbria, 5 giugno 2001, n. 318 (in *RPEL*, 2002, 141) le scelte organizzative di dimensionamento e posizionamento dell'ufficio legale costituiscono frutto di una discrezionalità molto estesa, sindacabile solo per manifesta illogicità. Tuttavia, anche in vigenza dell'art. 3 del RDL n. 1578/1933, la previsione di un'autonoma struttura deputata all'assolvimento delle funzioni professionali degli avvocati dipendenti era sentita dalla giurisprudenza come una delle principali modalità di conformazione del potere discrezionale di organizzazione (cfr. T.A.R. Parma, 20 dicembre 2001, n. 1049, in *FA*, 2001, 3251; cfr. anche T.A.R. Napoli, 18 dicembre 2003, n. 15454, in *FA (TAR)*, II, 2003, 3602).

⁽¹⁵⁾ Da ultimo Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 730, in *FA (CDS)*, 2012, 2, 350.

⁽¹⁶⁾ Cfr. CARBONE, *Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio Nazionale Forense*, in *FI*, 2002, cit. 2701; dello stesso Autore, in materia di avvocature degli enti pubblici, si vedano anche *Avvocato « dirigente » ed iscrizione nell'elenco speciale*, in *FI*, 2004, I, 1804-1806; Id., *Le « propine » dell'avvocato parastatale*, in *FI*, 2009, I, 947-949.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ad es. Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5559, in *Rass. Forense*, 2003, 384; cfr. anche Cass., sez. lav., 29 marzo 2007, n. 7731, in *MGC*, 2007, 3.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6023, in *FA (CDS)*, 2004, 2597; cfr. anche T.A.R. Salerno, 18 gennaio 2011, n. 75, in *FA (TAR)*, 2011, 232.

sua collocazione ⁽¹⁹⁾. Ad oggi, a livello normativo, l'impostazione recepita appare del tutto diversa e si riconnette, piuttosto, all'orientamento dominante che considera indispensabile, per l'esercizio dell'attività professionale in piena autonomia, la collocazione dell'ufficio legale come autonoma articolazione organica rispetto alla struttura di appartenenza ⁽²⁰⁾. Da qui l'esigenza che l'ufficio nel quale il professionista opera sia distinto da ogni altro centro operativo e si rapporti unicamente con il vertice decisionale dell'ente, al di fuori di ogni altra mediazione ⁽²¹⁾. Tale lettura, che potremmo definire *strutturale* ⁽²²⁾, in alcune occasioni, pur postulando l'autonomia organizzativa dell'ente, si spinge ad analizzare lo specifico inquadramento organizzativo adottato, valutando, ad esempio, l'illegittimità della qualificazione dell'ufficio legale in termini di *servizio*, anziché in termini di *settore*, basato su una struttura pienamente autonoma di livello dirigenziale ⁽²³⁾, oppure rilevando come la sua collocazione esterna (rispetto all'organizzazione dell'ente) sia l'unica in grado di garantirne l'autonomia ⁽²⁴⁾; oppure

I

⁽¹⁹⁾ Cfr. da ultimo T.A.R. Basilicata, 28 febbraio 2012, n. 100, in *FA (TAR)* 2012, 2, 611; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6336, in *FA (CDS)*, 2009, 10, 2339 (secondo cui la legge professionale forense si disinteressa completamente della struttura organizzativa, poiché la sua finalità è provvedere ad una garanzia di tipo funzionale, connessa allo *status* e all'attività esercitata, che si traduce nella garanzia dell'indipendenza propria dell'avvocato, connessa al riconoscimento dello *status* professionale peculiare dell'iscritto all'albo speciale); T.A.R. Napoli, n. 6751/2006 cit. (secondo cui rientra nella potestà auto-organizzativa dell'ente inserire la struttura legale a livello apicale o di unità organizzativa, dovendosi tener conto sia dell'entità del contenzioso previsto, sia delle risorse finanziarie disponibili); T.A.R. Perugia, 5 giugno 2001, n. 318, in *RPEL*, 2002, 141.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., n. 5559/2002, cit.; Cass., n. 7731/2007, cit.; cfr. anche CGA Sicilia, 15 ottobre 2009, n. 932 (sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it/); T.A.R. Cagliari 14 gennaio 2008, n. 7, in *FA (TAR)* 2008, 1, 1, 291; per una risalente pronuncia cfr. Cass., sez. un., 11 dicembre 1979, n. 6439 in *GC*, 1980, 1, 920.

⁽²¹⁾ Cfr. T.A.R. Cagliari 14 gennaio 2008, n. 7, cit.; T.A.R. Napoli 18 dicembre 2003, n. 15454, cit.

⁽²²⁾ Contrapposta a quella *funzionale* che non ritiene indispensabile una netta separazione tra ufficio legale e struttura amministrativa di appartenenza (per un esempio: Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2000, n. 3023, in *FA*, 2000, 1793); cfr. GIAN-IMBRIACI, *L'avvocato dipendente di ente pubblico. Organizzazione e rapporto di lavoro*, cit., 152.

⁽²³⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6023, in *FA (CDS)*, 2004, 2597.

⁽²⁴⁾ Cfr. T.A.R. Lazio 5 gennaio 2010, n. 35, in *FA (TAR)*, 2010, 1, 183; T.A.R. Catania 3 maggio 2008, n. 726, in *FA (TAR)* 2008, 5, 1485.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

105

I ancora stigmatizzando la collocazione dell'ufficio legale all'interno di un diverso settore dell'amministrazione, dal momento che l'attività legale, fungendo da supporto per l'intero apparato, deve essere necessariamente configurata come servizio autonomo e dipendente direttamente dall'organo di vertice ⁽²⁵⁾.

Risponde alla stessa logica l'assegnazione diretta della responsabilità dell'ufficio ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale, con esercizio dei poteri in conformità con i principi della legge professionale (art. 23, secondo comma). Con la conseguenza che l'ufficio legale si presenta, quindi, come struttura inaccessibile alla dirigenza amministrativa, anche sotto il profilo formale ⁽²⁶⁾. Peraltro, l'affidamento della *responsabilità* dell'ufficio ad un avvocato appare del tutto conforme al principio della fisiologica incompatibilità di fondo tra professione forense e attività di gestione amministrativa, a rischio, altrimenti, della totale, perdita di autonomia decisionale da parte dello stesso professionista incardinato ⁽²⁷⁾. In questo senso suscita qualche perplessità, proprio per la dissonanza rispetto a questo principio, la non infrequente presenza negli uffici legali di *avvocati dirigenti*, sia pure legittimata a livello contrattuale e normativo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Cfr. T.A.R. Cagliari, sez. II, n. 7/2008, cit. Per una risalente ma significativa pronuncia cfr. T.A.R. Lazio 10 gennaio 1979, n. 32, in *RAMMRL*, 1979, 656. Per altri riferimenti normativi cfr. l'art. 15 l. n. 70/1975 (*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*), non applicabile al personale degli enti locali, che prevede, tra le altre cose, l'inquadramento del professionista dipendente in un distinto ruolo e la diretta responsabilità degli appartenenti al ruolo professionale nei confronti del legale rappresentante dell'ente. Si vedano anche l'art. 36 del d.p.r. n. 411/1976 e l'art. 19 del d.p.r. n. 346/1983.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 730 cit. Vedi anche TRENTINI, *Gli avvocati degli enti pubblici. Ovvero l'eterno « bivio antinomico » fra autonomia della professione e rapporto dipendente*, (Nota a Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 730 e T.A.R. Basilicata, I, sentenza 28 febbraio 2012, n. 100), in *www.filodiritto.com*, 21 marzo 2012.

⁽²⁷⁾ Sulla incompatibilità tra mansioni dirigenziali e ruolo dell'avvocato cfr. CARBONE, *Avvocato « dirigente » ed iscrizione nell'elenco speciale*, cit., 1804. Vedi anche, dello stesso Autore, *Gli Avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio Nazionale Forense*, cit., 2702. Sulla non intercambiabilità dei ruoli di Dirigente e di Avvocato cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 8 luglio 2013, n. 405 in *FA (TAR)*, II, 2013, 7-8, 2564.

⁽²⁸⁾ Cfr. CARBONE, *Avvocato « dirigente » ed iscrizione nell'elenco speciale*, cit., 1805; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6139, in *FA (CDS)*, 2003, 2931. Si veda anche il testo dell'art. 9 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, prima della riscrittura in sede di conversione ad opera della l. 18 agosto

2.2. *La figura professionale dell'avvocato dipendente: autonomia, indipendenza, esclusività.*

I

Passando al profilo individuale, i requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza, che costituiscono gli elementi caratterizzanti l'attività professionale, sono tra loro strettamente legati: l'autonomia si traduce, in realtà, in quella che lo stesso art. 23 definisce *indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica*.

La difesa di tali prerogative risulta, nel testo dell'art. 23, chiaramente rafforzata, a dispetto di quegli orientamenti recessivi, inaugurati da un isolato intervento della Corte Costituzionale⁽²⁹⁾, volti a convalidare forme di collocazione del legale all'interno di una struttura gerarchica con a capo un dirigente amministrativo⁽³⁰⁾, e fermi nel ritenere che l'iscrizione nell'elenco speciale, di per sé, non implica l'attribuzione di quelle garanzie di autonomia tipiche della professione forense⁽³¹⁾. In questi casi, come è evidente, i margini di autonomia e di indipendenza dell'avvocato rischiano di risultare seriamente ridotti o compromessi e si riducono, in sostanza, all'esercizio dell'attività riservata per legge all'avvocato di fronte all'autorità giudiziaria *ius postulandi*⁽³²⁾. Ciò a dire che il semplice inserimento in una struttura gerarchica espone di fatto e comunque il legale dipendente al

2014, n. 114, con la distinzione, in tema di distribuzione dei compensi professionali, tra avvocati con funzioni dirigenziali ed avvocati funzionari.

⁽²⁹⁾ Cfr. Corte Cost. 10 giugno 1988, n. 624, in *FI*, 1989, I, 1027, che in sintesi aveva escluso la necessità di riservare un trattamento diversificato ai professionisti legali rispetto a quanto previsto per gli impiegati della carriera amministrativa.

⁽³⁰⁾ O altre figure equipollenti, come il Segretario Comunale, come nel caso di T.A.R. Perugia, 10 dicembre 2007, n. 941, in *FA (TAR)*, 2007, 12, 3758.

⁽³¹⁾ Vedi Cass., sez. un., 24 aprile 1990, n. 3455 (in *FI*, 1990, I, 1493), secondo cui « *L'avvocato o procuratore, inserito nell'ufficio legale di un ente pubblico, con costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, è soggetto alla disciplina di tale rapporto e, pertanto, il datore di lavoro, nell'esercizio dello ius variandi, mentre non può affidargli il mero disbrigo di pratiche amministrative, può assegnarlo ad altri compiti, ove questi, pur non esplicandosi in atti di professione legale, siano inerenti al campo giuridico, salvaguardino il suo patrimonio professionale e rispettino la sua collocazione nell'ambito della gerarchia dell'ente* » (anche in *GC*, 1991, I, 159 con nota di ADDA, *Avvocati di enti pubblici e tutela della professionalità*, 159 e ss.); vedi anche Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 703, in *FA*, 1998, 1039. Cfr. GISONDI, *La giurisprudenza in materia di avvocati dipendenti di enti pubblici*, in *EP*, 1999, I, 9.

⁽³²⁾ Si vedano tuttavia le considerazioni di MURRA, *Verso uno statuto unitario dell'avvocatura pubblica?*, cit., 116, secondo cui anche la subordinazione spinta oltre ogni ragionevole misura non può che incidere anche sullo

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

107

I pericolo di pesanti interferenze sulle proprie scelte tecniche e sulle modalità di difesa dell'ente in giudizio.

Sotto questo profilo, la scelta intrapresa dall'art. 23 della nuova legge ordinamentale è diametralmente opposta, dal momento che, riportando in termini normativi le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza sopra indicata, individua nell'autonomia e indipendenza del singolo professionista il limite invalicabile per la sopravvivenza della funzione⁽³³⁾. Ma vi è di più. La difesa dello *status* nei confronti dell'amministrazione di appartenenza limita, per espressa disposizione di legge, non solo i poteri di organizzazione degli uffici, ma anche e soprattutto la libertà contrattuale delle parti: nel contratto di lavoro, come recita il primo comma dell'art. 23, è *garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato*⁽³⁴⁾. Se l'ente decide di costituire un'avvocatura interna deve, dunque, non solo conformare la struttura organizzativa dell'ufficio a quei principi, ma anche garantirli in sede di disciplina contrattuale (o, a maggior ragione, regolamentare), con una serie di conseguenze che riguardano da vicino la vita lavorativa di ciascun professionista (orario di lavoro, rapporti interni, mezzi strumentali, solidità dell'apparato, forma e distribuzione dei compensi, ecc...). Assai indicativa, sotto questo aspetto, appare, ad esempio, la vicenda dell'orario di lavoro e delle

ius postulandi, il cui esercizio rimane l'elemento qualificante della professione forense. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 730 cit.

⁽³³⁾ Occorre comunque rilevare che anche il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30 (Riconoscimento dei principi fondamentali in materia di professioni), all'art. 2, terzo comma, espressamente richiede che l'esercizio dell'attività professionale in forma di lavoro dipendente debba svolgersi secondo specifiche disposizioni normative che assicurino l'autonomia del professionista.

⁽³⁴⁾ Il panorama contrattuale relativo ai professionisti dipendenti (in particolare agli avvocati) risulta ancora molto variegato, e di questo qualsiasi idea di riforma dovrebbe tenerne conto. Per gli avvocati appartenenti agli enti pubblici non economici la disciplina contrattuale è unitaria e si svolge all'interno di un'area comune con la dirigenza, sia pure in una sezione separata (cfr. il CCNL 1 agosto 2006; preziose indicazioni in termini di separazione di ruolo rispetto alla dirigenza, autonomia dei singoli legali e valorizzazione del criterio della collegialità erano contenute anche nel CCNL 1999 agli artt. 35 e 36. Si veda D'lorio, *I CCNL del 1 agosto 2006 per il personale dirigente dell'area VI, relativi al quadriennio normo-retributivo 2002/2005 ed ai relativi bienni economici 2002-2003 e 2004-2005*, in questa *Rivista*, 2006, 5, II, 996); per le altre categorie (enti territoriali, Sanità, Università ecc.) il quadro è più frammentato, anche se solitamente risponde a modelli ricorrenti nei quali è prevista l'attribuzione ai legali dipendenti di posizioni distinte o organizzative (cfr. in generale SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professionalità*, in questa *Rivista*, 2005, 1, 55 e ss.).

concrete modalità di controllo sull'attività di servizio del professionista dipendente. La Corte Costituzionale ⁽³⁵⁾ aveva inizialmente ritenuto legittima la predisposizione di un orario unico per tutti i dipendenti degli enti pubblici di cui alla legge n. 70/1975 ⁽³⁶⁾. Tuttavia, nella prestazione professionale resa all'interno di un rapporto di servizio si può ritenere che corrisponda ad un interesse anche dell'ente datore di lavoro il rispetto di una certa autonomia del legale dipendente. In questo senso, la previsione di un orario di lavoro non costituisce elemento dirimente, nel caso di avvocati di enti pubblici, per assicurare un obbligo di presenza in ufficio a disposizione dell'ente di appartenenza. Il problema semmai consiste nel prevedere modalità di controllo che tengano conto della peculiarità dell'attività legale, per gran parte svolta fuori dall'ufficio e con orari non preventivabili, così come, all'interno, legata a scadenze e decadenze di tipo processuale inconciliabili con il rispetto di un orario rigido di permanenza in ufficio ⁽³⁷⁾. Ferma restando, dunque, la necessità di attestare in qualche modo la presenza in servizio ⁽³⁸⁾, nella elaborazione contrattuale e regolamentare, la questione dell'orario è stata risolta nel senso di consentire forme di controllo più o meno stringenti, ma comunque idonee a conciliare la presenza in ufficio con la peculiare organizzazione del lavoro, anche attraverso modalità specifiche individuate dal coordinatore o dall'avvocato a capo dell'ufficio ⁽³⁹⁾.

I

⁽³⁵⁾ Corte Cost. 28 luglio 1988, n. 928, in *GI*, 1989, I, 1 1088.

⁽³⁶⁾ Per gli avvocati delle Regioni analoga posizione in Corte Cost. 10 giugno 1988, n. 624, cit.

⁽³⁷⁾ Il legislatore ha stabilito la verifica dell'orario di lavoro per tutto il personale dipendente tramite sistemi meccanici ed elettronici con l'art. 7 del d.p.r. 8 maggio 1987, n. 267; per gli avvocati si veda quanto disposto dall'art. 19 del d.p.r. 25 giugno 1983, n. 346 (recante *Disciplina del rapporto di lavoro del personale degli Enti Pubblici di cui alla l. 20 marzo 1975, n. 70*). Vedi SCORTO, *Nuove prospettive dell'avvocatura negli enti locali alla luce del T.U. n. 267 del 2000*, in *CS*, 2002, parte II, 81 e ss., e, per la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, 17 marzo 1994, n. 346, in *FA*, 1994, 553 e Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 703, in *FA* 1998, 1039. Sulla questione dello straordinario cfr. Cons. Stato 7 ottobre 1992, n. 840 in *FA*, 1992, 10.

⁽³⁸⁾ Si veda Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3869 in *FA CDS*, 2003, 1919.

⁽³⁹⁾ Per quanto riguarda la rilevazione a mezzo di dispositivi elettronici (*badge*), vedi da ultimo T.A.R. Napoli, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 547, in www.giustizia-amministrativa.it/, secondo cui è illegittima la delibera con la quale un Comune dispone la rilevazione automatica delle presenze anche per i dipendenti avvocati, esistendo un'incompatibilità logica e strutturale fra le mansioni implicate dal profilo professionale degli avvocati dipendenti del

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

109

I

Sul versante dell'articolazione interna, la scelta compiuta dall'art. 23 cit. di attribuire la *responsabilità* dell'ufficio ad un avvocato e non ad un dirigente (amministrativo), è immediatamente valutabile nei termini di una maggiore garanzia dei requisiti di autonomia e indipendenza non solo dell'ufficio, come si è anticipato, ma anche del singolo legale, proprio perché accede ad una rappresentazione dei rapporti interni tra i legali basati non sulla gerarchia, quanto sul *coordinamento* ⁽⁴⁰⁾, inteso in via generale come esercizio da parte del responsabile di una attività di indirizzo sull'andamento globale dell'ufficio, con garanzia di uniformità, e tuttavia di insindacabilità del merito delle singole scelte difensive dei colleghi, valutabili solamente in termini di responsabilità professionale o, eventualmente, anche di tipo amministrativo/contabile nei confronti dell'ente datore di lavoro ⁽⁴¹⁾.

Nel nuovo contesto dell'art. 23 non pare infine potersi revocare in dubbio la collocazione privilegiata del requisito della *esclusività*, da leggersi nel duplice riferimento alla trattazione degli affari dell'ente e alla natura professionale delle mansioni svolte.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza ha frequentemente utilizzato il principio della esclusività per giustificare l'automatica perdita in capo al professionista dipendente, in caso di cessazione del rapporto di servizio, dello *ius postulandi*, con la conseguente interruzione dei procedimenti nei quali fosse risultata la sua costituzione in giudi-

Comune e il sistema automatico di rilevazione fondato sul cd. *badge* che è stato loro fornito, dato che tale sistema si risolve, quanto meno in astratto (anche al di là delle intenzioni di chi decide di adottarlo), in uno strumento idoneo obiettivamente a introdurre una limitazione dei requisiti di autonomia professionale e di indipendenza che devono invece essere riconosciuti alla figura dell'avvocato, per prassi amministrativa, secondo costante giurisprudenza e soprattutto nel rispetto della vigente legislazione (vedi anche T.A.R. Napoli, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 1045 in www.giustizia-amministrativa.it/).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. PERSIANI, *Lo stato professionale dell'avvocato dell'ente pubblico e il rilievo della sua posizione nella prospettiva di ristrutturazione dell'INPS*, in *SPrev.*, 1988, 3, 285 e ss., p. 292; si veda anche TAR Catania, 3 maggio 2008, n. 726 (in *FA TAR* 2008, 5, 1485), secondo cui la funzione di coordinamento è l'unica compatibile con il ruolo e l'autonomia di ciascun avvocato dell'ufficio.

⁽⁴¹⁾ Nell'ottica di una tutela dell'autonomia ed indipendenza di giudizio del singolo legale rispetto alle funzioni di coordinamento del responsabile, può essere letta anche la disposizione contenuta nel secondo periodo del quinto comma dell'art. 5 d.l. n. 90/2014 (conv. in l. n. 114/2014), secondo cui i regolamenti e i contratti collettivi definiscono l'assegnazione degli affari consultivi e contenziosi da operare il più possibile attraverso sistemi informatici e secondo principi di parità di trattamento e di specializzazione professionale.

zio ⁽⁴²⁾; oppure per escludere l'attività di patrocinio per affari propri ⁽⁴³⁾ o a favore di enti diversi da quello di appartenenza ⁽⁴⁴⁾. Vero è che la rigorosa limitazione dell'attività di difesa alle cause e agli affari dell'ente risponde, in prima battuta, all'esigenza di evitare lo sfruttamento della posizione di dipendente pubblico per il procacciamento di affari ⁽⁴⁵⁾. I provvedimenti a carattere amministrativo con cui un ente consente l'utilizzazione del proprio ufficio legale da parte di ente diverso, sotto questo profilo, sono irrilevanti ⁽⁴⁶⁾. Un'importante applicazione del principio di esclusività nella trattazione degli affari dell'ente si è avuta da ultimo con la sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2013, n. 91 ⁽⁴⁷⁾, in materia di abilitazione di un'avvocatura regionale a svolgere attività di difesa anche per altri enti strumentali. Secondo la Corte Costituzionale, il principio di incompatibilità (sancito dall'art. 3 del r.d.l. n. 1578/1933 e ribadito dalla nuova legge professionale) non può essere suscettibile di interpretazione analogica o estensiva (costituisce principio fondamentale nella materia delle professioni) e le eventuali deroghe non possono in nessun modo

I

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass. 17 maggio 2007, n. 11521, in *MGC*, 2007, 5.

⁽⁴³⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2000, n. 3023, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. Trib., 8 settembre 2004, n. 18090, in *MGC*, 2004, 9, Cass., sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1268, in *MGC*, 2000, 2488; Cass., sez. un., 19 giugno 2000, n. 450, in *MGC*, 2000, 1179. Si vedano anche le considerazioni di G. Scorro, *Nuove prospettive dell'avvocatura negli enti locali alla luce del T.U. n. 267 del 2000*, in *CS*, 2002, parte II, 87.

⁽⁴⁵⁾ Nel senso che ai dipendenti INPS è vietato l'esercizio della professione, vedi Cass. 5 dicembre 1987, n. 9094, in *MGC*, 1987, 12.

⁽⁴⁶⁾ Cass. sez. un., 6 giugno 2000, n. 418, in *MGC*, 2000, 1168. Non costituisce deroga al principio l'assunzione da parte dei legali dell'INPS della difesa in giudizio anche delle ragioni della S.C.C.I. (Società di Cartolarizzazione dei crediti INPS), in quanto in questo caso gli avvocati dell'istituto svolgono attività defensionale solo formalmente a nome della S.C.C.I., ma in realtà nell'interesse dell'INPS, per un affare dell'Istituto assicuratore (cfr. Cass. 4 luglio 2007, n. 15041, in *MGC*, 2007, 7-8).

⁽⁴⁷⁾ Questione di legittimità costituzionale dell'articolo 29 della l.reg. Campania 19 gennaio 2009, n. 1 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania - legge finanziaria anno 2009*), che abilita l'avvocatura regionale a svolgere attività di consulenza e a patrocinare in giudizio gli enti strumentali della Regione e le società il cui capitale è interamente sottoscritto dalla Regione e, allo scopo, consente la stipula di convenzioni tra la Giunta regionale da un lato, e gli enti strumentali e le singole società dall'altro, per regolare, in particolare, le modalità attraverso cui può essere richiesta l'attività dell'avvocatura regionale, quantificando anche i relativi oneri.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

111

I essere affidate alla legislazione regionale essendo di competenza esclusiva del legislatore statale ⁽⁴⁸⁾.

Costituisce inoltre un indiretto rafforzamento del principio di esclusività l'orientamento giurisprudenziale che vieta il ricorso a professionisti esterni in presenza di un'avvocatura interna, anche per motivi che attengono (oltre al risparmio di spesa) alla necessità di assicurare l'unità di indirizzo dell'ente e di tutelare le professionalità già presenti e formate ⁽⁴⁹⁾.

Quanto al profilo « interno » del principio della esclusività, può dirsi ormai consolidato l'orientamento secondo cui l'attribuzione di mansioni meramente amministrative (anche di alto livello) è strutturalmente incompatibile con lo svolgimento di attività professionale ⁽⁵⁰⁾. L'iscrizione all'albo speciale presuppone che il dipendente

⁽⁴⁸⁾ Il legislatore statale è peraltro intervenuto con il comma 8-bis aggiunto all'art. 11 del d.l. 8 aprile 2013, n. 35, in sede di conversione nella l. 6 giugno 2013, n. 64, disposizione che espressamente autorizza gli Uffici legali delle Regioni ad assumere gratuitamente il patrocinio degli enti dipendenti, delle agenzie regionali e degli organismi istituiti con legge regionale per l'esercizio di funzioni amministrative delle Regioni medesime. La norma, in rubrica, sembra riguardare solo Sicilia, Piemonte e Sardegna; però vedi le considerazioni del T.A.R. Napoli, 14 febbraio 2014, n. 1039, in *FA*, (IT), 2014, 2, 656.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. T.A.R. Pescara, 28 luglio 2005, n. 466, in *FA (TAR)*, 2005, 7/8, 2485. Per la giurisprudenza della Corte dei Conti vedi *ex multis* Corte Conti, sez. giur. Lazio, 14 dicembre 2009, n. 1922 e 3 agosto 2010, n. 1598, in *corteconti.it*; vedi anche T.A.R. Napoli, sez. II, 21 maggio 2008, n. 4855, in *DPA*, Luglio Agosto 2008, n. 7/8 (con nota di Perrucci, *Consulenze legali: no ad affidamenti diretti*), 16 e ss. e la giurisprudenza ivi citata; cfr. comunque l'art. 1, comma 42, l. 30 dicembre 2004, n. 311, secondo cui *l'affidamento da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione, deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi, ad esclusione degli incarichi conferiti ai sensi della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*. Sulle modalità di affidamento degli incarichi professionali all'esterno cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, in *Vita Notarile*, 2012, 2, 778. Su tutto si veda MANFREDI, *Appunti sull'affidamento degli incarichi legali delle pubbliche amministrazioni: competenza, procedimento e forma*, in *Urb. e App.*, 2013, 8; 9, 877.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 24 aprile 1990, n. 3455 cit. e Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10178, in *GC*, 1991, I, 599; cfr. anche Cass., sez. un., 23 giugno 1995, n. 7084, in *MGC*, 1995, fasc. 6; Cass., 29 marzo 2007, n. 7731 cit.; Cass., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14213, in *FI*, 2006, I.1.151; Cass., 18 aprile 2002, n. 5559 cit.; Cass., sez. un., 14 marzo 2002, n. 3733, in *MGC*, 2002, 455; Cass., sez. lav., 12 agosto 2000, n. 10777, in *MGC*, 2000, 1789. L'esercizio dello

dell'ente sia addetto all'ufficio legale e sia per questo abilitato a svolgere in via esclusiva attività professionale giudiziaria e stragiudiziale ⁽⁵¹⁾. Lo svolgimento di attività amministrativa, anche contemporaneamente a quella di tipo legale, costituisce in radice negazione del requisito della esclusività quale attributo che, assicurando l'autonomia della funzione, ne garantisce l'indipendenza rispetto agli inevitabili condizionamenti legati alle attività di gestione. Tale esclusività, peraltro, deve essere valutata anche in concreto, accertando la natura effettiva delle mansioni svolte, e deve essere esclusa tutte le volte in cui, accanto a compiti riconducibili all'attività di assistenza e rappresentanza e difesa dell'ente, siano svolte mansioni di tipo diverso ⁽⁵²⁾.

Il corollario, ma anche il presupposto, di questi principi è il requisito della *stabilità*, in forza del quale la destinazione esclusiva dell'avvocato all'ufficio legale deve essere connotata da sufficienti garanzie di inamovibilità ⁽⁵³⁾; in altri termini, la cessazione della destinazione può essere consentita solo sulla base di circostanze e criteri prestabiliti, che rendano incompatibile la permanenza del legale nell'ufficio (ad es. gravi responsabilità nella conduzione della difesa, sentenza di condanna passata in giudicato per delitti contro la p.a. o altri gravi comportamenti suscettibili di conseguenze anche disciplinari) ⁽⁵⁴⁾.

3. Il trattamento economico: la natura dei compensi professionali.

Anche il profilo retributivo rivela, nella sua struttura, la doppia identità dell'avvocato dipendente; pur nella diversità e difformità delle situazioni, generalmente, accanto ad una quota di retribuzione ricollegabile allo stipendio tabellare e alle relative voci integrative ed accessorie (indennità varie, retribuzione di risultato), il professionista

ius variandi da parte del datore di lavoro non può esplicarsi nell'assegnazione al professionista avvocato del « mero disbrigo di pratiche amministrative »: principio ricavabile sin da Cass., sez. un., 11 dicembre 1979, n. 6439 cit. e riportato costantemente nella giurisprudenza indicata in questa nota.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10367, in *GC*, 1999, I, 83.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 15 settembre 2010, n. 19547, in *GC*, 2011, 7-8, 1795. In questo senso l'esclusività rappresenta un limite legale all'esercizio del potere organizzativo dell'ente.

⁽⁵³⁾ L'atto di destinazione dell'avvocato dipendente all'ufficio legale non è revocabile *ad nutum*: Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28049, in *Gdir*, 2009, 5, 74. Inoltre, per una maggiore garanzia di stabilità, è opportuno che l'accesso al ruolo professionale sia consentito solo a seguito di pubblico concorso.

⁽⁵⁴⁾ Consiglio Nazionale Forense, 17 luglio 2006, n. 43, in <http://www.codicedeontologico-cnf.it/>

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

113

I alle dipendenze degli enti pubblici riceve una quota di compensi regolamentati sulla base della propria attività professionale, di importo tendenzialmente variabile, anche se erogata con continuità ⁽⁵⁵⁾.

Già una linea interpretativa tra gli anni '70 ed '80 aveva chiaramente evidenziato la necessità di assicurare agli avvocati degli enti pubblici compensi integrativi della normale retribuzione in relazione allo svolgimento delle loro prestazioni professionali, individuando la fonte normativa di tale remunerazione direttamente nella legge professionale ⁽⁵⁶⁾. Ben presto il dibattito si era focalizzato sulla natura di questi compensi, tra le opposte tesi della loro riconduzione all'interno della retribuzione vera e propria ⁽⁵⁷⁾ e della loro natura, invece, ontologicamente diversa, in quanto somme provenienti non dal datore di lavoro bensì dalle parti avversarie, in occasione di attività giudiziale vittoriosa ⁽⁵⁸⁾. Il Consiglio di Stato, affrontando la questione in varie decisioni, aveva finito per riconoscere la computabilità di tale forma di

⁽⁵⁵⁾ Per le prime pronunce sul diritto degli avvocati dipendenti al pagamento degli onorari, quanto meno in relazione alle controversie vittoriose, cfr. T.A.R. Lazio, 30 settembre 1981, n. 763, in *RGCT*, 1982, 637; T.A.R. Veneto, 14 settembre 1989, n. 1123, in *Iprev*, 1990. Da ultimo cfr. Cass., sez. lav., n. 14760/2014 a quanto consta inedita (vedi in <http://www.iusexplorer.it>). Sui compensi professionali per gli avvocati dipendenti, cfr. da ultimo: TAMPIERI, *Questioni controverse in tema di compensi professionali degli avvocati pubblici dipendenti*, in questa *Rivista*, 2013, 285 e ss.; MARINELLI, *Il trattamento retributivo degli avvocati dipendenti da soggetti pubblici*, in corso di pubblicazione (bozze gentilmente offerte dall'Autore).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 1989, n. 202, in *FA*, 1989, 1002. Ciò a maggior ragione oggi, con il testo dell'art. 23 della legge professionale che esplicitamente richiama la necessità di un adeguato trattamento economico.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1158 (in *FA*, 1999, 1777), secondo cui gli onorari corrisposti agli avvocati dipendenti costituiscono una voce retributiva avente carattere continuativo e non aleatorio, assoggettata all'obbligo di contribuzione assicurativa da parte degli enti per cui prestano la loro attività; cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 1 dicembre 1995, n. 32, in *FA* 1995, 2515 e Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 1982, n. 229, in *FA*, 1982, 1, 745.

⁽⁵⁸⁾ Si veda ad es. l'art. 69 del d.p.r. n. 269/1987 riguardante il comparto enti locali (accordo sindacale triennio 1985/1987). Ai sensi degli artt. 27 e 37 del CCNL rispettivamente del 14 settembre 2002 e del 23 dicembre 1999, negli enti locali provvisti di avvocatura costituita devono essere riconosciuti in favore degli avvocati dipendenti, secondo specifica regolamentazione da parte della PA, i compensi professionali a seguito di sentenza favorevole per l'ente, anche nel caso di provvedimento giurisdizionale che non contenga la pronuncia sulle spese, ovvero che disponga la compensazione delle stesse (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5644, in *FA (CDS)*, 2004, 2223).

compensi nella retribuzione annua su cui calcolare l'imponibile contributivo ⁽⁵⁹⁾. Si tratta infatti di somme che pur scaturite da un'attività professionale, sono erogate dal datore di lavoro a titolo di compensi professionali, anche indipendentemente dalla specifica condanna al pagamento delle spese a carico delle parti avversarie ⁽⁶⁰⁾. Peraltro, una conferma, sia pure indiretta, della natura retributiva di questi emolumenti proviene anche dall'art. 1, c. 208 della l. 23 dicembre 2005, n. 266, norma che consente alle amministrazioni dotate di uffici legali interni di effettuare, sulle somme dovute ai legali dipendenti a titolo di compensi professionali, la trattenuta degli oneri previdenziali (c.d. oneri riflessi). La stessa Corte Costituzionale ⁽⁶¹⁾, intervenendo sulla legittimità di questa disposizione, ha chiaramente basato la propria decisione sul presupposto della natura retributiva del trattamento economico corrisposto agli avvocati degli enti pubblici, comprensivo, in aggiunta allo stipendio tabellare, di una quota di retribuzione quantificata sulla base di legge e tariffe professionali forensi.

I

3.1. *Disciplina dei compensi professionali. Il concorso tra fonti normative, regolamentari e contrattuali.*

La riconosciuta natura retributiva dei compensi spettanti agli avvocati dipendenti, non ha evitato, storicamente, la loro disciplina attraverso fonti di varia natura (normative, contrattuali e regolamentari), in una continua tensione tra tendenze espansive o comunque pienamente attuative del diritto e limitazioni più o meno dirette, soprattutto in funzione di ricorrenti esigenze di risparmio di spesa.

In via di principio, la contrattazione appare l'ambito di naturale destinazione della disciplina dei compensi professionali (art. 45 del d.lgs. n. 165/2001: il contratto collettivo di lavoro definisce il tratta-

⁽⁵⁹⁾ Cons. Stato, sez. VI, n. 1700/2000, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, ad. plen., n. 32/1994 cit.; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 1982, n. 78, in *FA* 1982, I, 223.

⁽⁶⁰⁾ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5644, in *FA (CDS)*, 2004, 2223; la nozione di « compenso professionale », nel caso di avvocati dipendenti di enti pubblici, è collegata al fatto che si tratti di sentenza favorevole (come confermeranno anche i successivi interventi normativi) e prescinde dunque dalla effettiva liquidazione da parte del giudice (*contra* TAMPIERI, *Questioni controverse in tema di compensi professionali degli avvocati pubblici dipendenti*, cit., 293).

⁽⁶¹⁾ Corte Cost., 6 febbraio 2009, n. 33, in *Gcost*, 2009, 1, 259; cfr. MARINELLI, *Il trattamento retributivo degli avvocati dipendenti da soggetti pubblici*, cit.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

115

Imento economico fondamentale ed accessorio) ⁽⁶²⁾. In tale materia, dunque, lo spazio per un potere unilaterale dell'amministrazione deve essere limitato e semmai circoscritto alla disciplina esecutiva e di dettaglio ⁽⁶³⁾. Del resto, sembra confortare questa impostazione anche l'art. 23 della l. n. 247/2012, che, pur non demandando direttamente al contratto la disciplina dei compensi professionali ⁽⁶⁴⁾, al solito costituisce norma di cornice, indicando nell'*adeguatezza* del trattamento rispetto all'attività professionale svolta, il presupposto inderogabile in sede di contrattazione e determinazione dei compensi ⁽⁶⁵⁾. Si tratta di un elemento da riempire di contenuti, ma è ovvio che tale indicazione costituisce un ulteriore strumento a salvaguardia dell'autonomia ed indipendenza professionale, maggiormente tutelate laddove il legale dipendente sia assistito da una certa sicurezza economica ⁽⁶⁶⁾.

La valutazione storica del percorso con cui si giunge all'art. 23 cit., non può comunque non registrare sensibili differenze nella disciplina dei compensi professionali, riferite al diverso settore di appartenenza

⁽⁶²⁾ Si veda anche l'art. 26 l. n. 70/1975. Occorre naturalmente tener conto della vicenda relativa ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva nell'ambito del generale processo di privatizzazione e di parziale rilegificazione culminato con il d.lgs. n. 150/2009 (su cui, da ultimo, cfr. CARINCI, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, in questa *Rivista*, 2013, 493 e ss.). Per quanto riguarda il trattamento economico, resta la riserva alla contrattazione prevista dall'art. 2, comma 3 del d.lgs. n. 151/2001 e ribadita dall'art. 45, comma 1, con cessazione di efficacia delle disposizioni di legge, dei regolamenti e degli atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti, a far data dal rinnovo contrattuale.

⁽⁶³⁾ Cfr. T.A.R. Lazio, 10 luglio 2010, n. 6826, in *giustizia-amministrativa.it/*

⁽⁶⁴⁾ Nel testo originario sottoposto per la prima volta al Senato nel maggio 2008 (art. 21) il trattamento economico adeguato era espressamente da determinarsi in sede di contrattazione separata del pubblico impiego per la disciplina specifica degli avvocati. Per alcune utili indicazioni sul punto, cfr. MURRA, *Riforma forense, i commenti: I. Avvocati Pubblici*, in <http://www.associazioneforenseemillicoonte.it>

⁽⁶⁵⁾ Questione più generale e comunque collegata è quella della possibilità in concreto di creare sezioni o contratti separati espressamente destinati alle avvocature degli enti, dal momento che, non essendovi una categoria unitaria dei professionisti degli enti pubblici, occorre verificare l'integrazione dei requisiti di cui all'art. 43 in punto di rappresentatività.

⁽⁶⁶⁾ La prospettiva cambia, come vedremo, con l'art. 9 del d.l. n. 90/2014 (conv. in l. n. 114/2014), in quanto la dettagliata esposizione della disciplina dei compensi ivi contenuta lascia sullo sfondo il problema dell'individuazione della fonte di attuazione, che infatti la stessa norma si limita ad indicare genericamente nelle norme regolamentari e/o contrattuali.

dei legali dipendenti (enti pubblici, enti locali, sanità, università ecc...).

Per quanto riguarda ad esempio i professionisti degli enti pubblici non economici, la legge n. 70/1975 già demandava agli accordi sindacali la fissazione della misura percentuale della partecipazione degli appartenenti al ruolo professionale, per l'attività da essi svolta, alle competenze e agli onorari giudizialmente liquidati a favore dell'ente. La delega è stata poi attuata dall'art. 30, secondo comma, del d.p.r. 26 maggio 1976, n. 411, disposizione che contiene le modalità per la corresponsione, agli appartenenti al ruolo professionale, di parte delle somme riscosse (e non più solo liquidate) ⁽⁶⁷⁾ a titolo di competenze di procuratore ed onorari di avvocato. Sul versante più propriamente contrattuale, sulla base delle indicazioni già contenute nel CCNL 6 luglio 1996, l'art. 6 del contratto integrativo 8.1.2003, in attuazione dell'art. 33 del CCNL 16.2.1999 di comparto, assegnava agli enti il compito di adottare una nuova disciplina in materia, che includesse tutti i compensi professionali degli avvocati dovuti in relazione agli affari legali trattati e conclusi favorevolmente per l'amministrazione, secondo i principi di cui al r.d.l. n. 1578/1933 ed *in armonia* con gli analoghi criteri vigenti per l'Avvocatura dello Stato. Il duplice riferimento alla legge professionale e alla disciplina in vigore per l'Avvocatura dello Stato (r.d. n. 1611/1933) consentiva dunque di prevedere, accanto al diritto alle somme effettivamente liquidate e riscosse, espressamente regolato dal d.p.r. n. 411/1976, la corresponsione di una quota ulteriore di compensi (calcolata solitamente in una parte dell'importo spettante sulla base delle tariffe professionali) in caso di compensazione delle spese o di mancata pronuncia sulla stesse (r.d. n. 1611/1933). La regolamentazione di dettaglio era lasciata ai singoli enti ⁽⁶⁸⁾, il cui intervento, in qualche caso, sarebbe risultato assai più penetrante rispetto ai limiti generali ricavabili, appunto, dalla norma-

I

⁽⁶⁷⁾ Il mancato riferimento alle spese liquidate, secondo la giurisprudenza, deriverebbe dal fatto che la liquidazione non può costituire un titolo diretto ed autonomo di attribuzione di somme di incerta riscossione (Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 1998, n. 540, in *FI*, 1998, 1125); del resto, anche per quanto riguarda l'Avvocatura dello Stato, il limite è rappresentato dall'effettivamente riscosso.

⁽⁶⁸⁾ L'INAIL ha adottato il regolamento con deliberazione del Commissario Straordinario n. 788 del 25 settembre 2003 (poi modificato), mentre la successiva circolare n. 66 del 2004 ha riassunto l'intera disciplina con indicazioni interpretative utili per l'individuazione dell'area della « non soccombenza ». L'INPDAP ha approvato il proprio regolamento con la delibera n. 1811 del 29 settembre 2003, mentre l'INPS ha adottato il regolamento con deliberazione n. 1384 del 9 dicembre 2003, poi integrata dalla deliberazione

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

117

I tiva ordinamentale e da quella vigente per l'Avvocatura dello Stato⁽⁶⁹⁾. Nel caso dell'INPS, infatti, già il primo regolamento del 2003, oltre a prevedere un limite massimo (c.d. tetto) di erogazione complessiva a titolo di compensi, ha introdotto forme di incentivazione indiretta, con la previsione di incrementi condizionati alle percentuali di abbattimento delle cause pendenti e ai risparmi di spese per quanto corrisposto nel caso di decisioni sfavorevoli; successivamente⁽⁷⁰⁾, la corresponsione individuale dei compensi professionali è stata più chiaramente agganciata, secondo un modello che, come vedremo⁽⁷¹⁾, finirà poi per avere maggior fortuna di quanto forse immaginabile, a specifici « parametri qualificanti l'obbligazione professionale » relativi sia alla verifica degli adempimenti professionali che alle modalità di gestione dell'ufficio legale⁽⁷²⁾.

Per gli avvocati dipendenti degli enti locali, vi era invece una norma specifica (art. 69 del d.p.r. n. 268/1987), che prevedeva la corresponsione di compensi di natura professionale previsti dalla legge ordinamentale e recuperati a seguito di condanna della parte avversa soccombente. Tale previsione, tuttavia, secondo la giurisprudenza, necessitava, per la sua operatività, di norme regolamentari di attuazione, non potendo fondare in via autonoma un diritto al pagamento di queste somme⁽⁷³⁾, in conformità con quanto disposto dall'art. 8, terzo comma, della legge n. 93/1983. Successivamente sia l'art. 27 del CCNL integrativo del Comparto Regioni ed Enti Locali del settembre 2000 che l'art. 37 del CCNI dell'area II del dicembre 1999 (per i dirigenti), lasciavano alla disciplina regolamentare degli enti l'individuazione delle modalità di corresponsione dei compensi secondo i principi della legge professionale, nel caso di sentenza favorevole per l'ente, demandando alla contrattazione integrativa la correlazione di queste somme con la retribuzione di risultato o valutando direttamente (nel secondo caso) la compatibilità tra queste due voci retributive⁽⁷⁴⁾. L'esplicito rinvio al potere regolamentare degli enti era co-

23 ottobre 2007, n. 143 e con le definitive modifiche di cui alla determinazione 9 agosto 2010, n. 89.

(69) E che si possono sintetizzare nel fatto che la decisione sia favorevole e che sia divenuta irrevocabile.

(70) Cfr. determinazione INPS n. 89/2010.

(71) Vedi *infra* il riferimento alla regolamentazione di ente nella disciplina dettata dall'art. 9 del d.l. n. 90/2014 (conv. in l. n. 114/2014).

(72) Cfr. la circolare INPS n. 24/2012 (in www.inps.it).

(73) Cons. Stato, sez. V, n. 5644/2004, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 1992, n. 272, in *FA*, 1992, 422.

(74) I compensi professionali sono così immessi direttamente nel circuito della retribuzione di risultato (cfr. ATELLI, *Avvocature interne e oneri riflessi sui*

munque bilanciato, per un verso, dalla inderogabilità dei principi della legge professionale (il che avrebbe reso illegittime eventuali deroghe peggiorative stabilite unilateralmente o l'inerzia dell'amministrazione nell'adozione della disciplina di dettaglio); per altro verso, dalla indicazione generica della *sentenza favorevole* quale presupposto per l'attribuzione dei compensi professionali, con ciò aprendo la strada al diritto ai compensi anche in assenza di condanna della controparte soccombente ⁽⁷⁵⁾.

I

3.2. *L'art. 23 della l. n. 247/2012 ed il compenso adeguato.*

In questo contesto si inserisce il riferimento, contenuto nell'art. 23 della nuova Legge Professionale, alla necessità che agli avvocati degli enti pubblici sia assicurato *un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta* ⁽⁷⁶⁾.

L'enunciazione in un testo di legge di un diritto al compenso adeguato collegato all'attività professionale, se non risolve, tuttavia in qualche modo supera il dibattito sulla necessità o meno di un passag-

compensi professionali: una questione aperta, in *Diritto e Pratica Amministrativa*, 2007, 7, 88 e ss.). Se tale collocazione, dunque, ne conferma la natura retributiva (quanto meno per omogeneità), sotto diverso profilo tende a premiare a seconda dei risultati un'obbligazione tipicamente di mezzi, come quella professionale. Nei regolamenti a livello locale, il rapporto tra retribuzione di risultato e attribuzione dei compensi professionali (dirigenti) solitamente si risolve nella corresponsione di una quota aggiuntiva di retribuzione in relazione a quelle attività svolte anche quando la sentenza non sia favorevole per l'ente, ma che comunque siano state idonee a contenere le pretese avversarie o comunque ad impedire il sorgere di contenziosi futuri (mediante lo stimolo ad es. all'adozione di provvedimenti in autotutela).

⁽⁷⁵⁾ Rispetto ai principi vigenti per la liquidazione dei compensi professionali contenuti nella legge professionale, le norme contrattuali e i successivi regolamenti adottati dagli enti generalmente prevedono, in conformità con le disposizioni che regolano l'Avvocatura di Stato, la necessità del passaggio in giudicato delle sentenze favorevoli e la non attribuzione di somme relativamente all'attività spesa nel caso di sentenze concluse in maniera sfavorevole per l'ente e all'attività di consulenza (per la quale tuttavia gli orientamenti restrittivi dell'ARAN sembrano superati dalla più recente legislazione: art. 9, d.l. n. 90/2014 cit.).

⁽⁷⁶⁾ Il riferimento alla funzione professionale implica che l'adeguatezza del compenso si misuri innanzitutto con la remunerazione tipica dell'attività legale, ossia il compenso professionale; si tratta, tuttavia, di un criterio che informa il trattamento economico complessivo, comprensivo delle voci retributive tabellari ed accessorie.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

119

I gio contrattuale per la sua determinazione in concreto, in quanto induce a ritenerne possibile una tutela diretta sia in termini di mera quantificazione dei compensi, alla luce dei parametri di riferimento costituiti dalle tariffe professionali ⁽⁷⁷⁾, sia nell'ipotesi in cui l'ente non si attivi o in sede contrattuale o mediante l'adozione di una disciplina di dettaglio.

Sotto questo profilo, l'aver ancorato il profilo del trattamento economico alla garanzia dei requisiti di autonomia e di indipendenza, oltre a lasciare immaginare qualcosa di più significativo rispetto alla semplice necessità di armonizzare i compensi professionali con la disciplina in vigore per l'Avvocatura dello Stato, consente di utilizzare questo criterio per la valutazione della complessiva regolamentazione già in uso presso le pubbliche amministrazioni ⁽⁷⁸⁾. Ma vi è di più. La forza di questo principio si misura anche all'esterno, con la sua capacità di costituire un argine all'invadenza, sempre più marcata, dei provvedimenti legislativi in materia di risparmio di spesa che, come avremo modo di evidenziare, contengono disposizioni fin troppo dettagliate sulla misura e determinazione dei compensi professionali spettanti agli avvocati dipendenti.

La traduzione in termini concreti del concetto di trattamento adeguato necessita pertanto che sia fissato un limite alla sua generica determinazione al ribasso. Trattandosi di compensi professionali, l'inevitabile parametro di riferimento non può che essere costituito dai corrispondenti valori tariffari, nella loro funzione di predeterminazione a livello legislativo del giusto compenso per l'attività professionale svolta ⁽⁷⁹⁾. Più in generale, l'adeguatezza richiama il concetto di

⁽⁷⁷⁾ Nella stessa legge professionale l'art. 13, comma 6, impone la determinazione per iscritto della misura delle competenze professionali. In mancanza operano le tariffe professionali determinate secondo i parametri previsti dal d.m. 20 luglio 2012, n. 140 e oggetto del decreto attuativo ministeriale del 10 marzo 2014. In questo senso l'art. 23 assolve anche alla funzione di impedire che l'avvenuta abrogazione dei minimi tariffari di fatto autorizzi una massiccia decurtazione dei compensi professionali, fino alla loro definitiva abrogazione.

⁽⁷⁸⁾ Per una prima applicazione cfr. T.A.R. Basilicata, n. 405/2013 cit., secondo cui il principio di adeguatezza risulta palesemente violato se ai compensi professionali viene fissato unilateralmente un tetto invalicabile non parametrato all'effettiva attività professionale svolta.

⁽⁷⁹⁾ L'adeguatezza del compenso all'importanza dell'opera e al decoro della professione è concetto mutuato direttamente dall'art. 2233 del c.c. ed è stato utilizzato, in materia di liberalizzazione delle professioni (art. 9, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) per determinare le caratteristiche del compenso da pattuirsi al momento del conferimento dell'incarico.

giusta retribuzione (art. 36 Cost.), intesa come necessità di valutare, secondo un criterio di proporzionalità, differenziate forme di compenso per differenziati livelli di responsabilità, in fondo secondo i criteri che già nel pubblico impiego l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 aveva indicato con riferimento alle figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti che comportano l'iscrizione ad albi professionali ⁽⁸⁰⁾.

I

3.3. *I più recenti provvedimenti legislativi nell'ottica della riduzione dei compensi professionali: spending review e legge di stabilità per il 2014.*

L'attribuzione dei compensi professionali agli avvocati dipendenti, come abbiamo accennato, è stata periodicamente oggetto di interventi normativi in funzione di risparmio di spesa. Già la legge finanziaria per il 2006 (in particolare l'art. 1, comma 208, l. 23 dicembre 2005, n. 266), come abbiamo visto, aveva consentito, nei fatti, una decurtazione dell'importo corrisposto al legale dipendente a titolo di compenso professionale, ponendo interamente a suo carico la corrispondente obbligazione contributiva (i c.d. *oneri riflessi*) ⁽⁸¹⁾.

A seguire, nell'ottica delle politiche di risparmio di spesa per il personale pubblico, l'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) ⁽⁸²⁾ ha imposto un tetto sia al *trattamento econo-*

⁽⁸⁰⁾ Sul punto cfr. TRENTINI, *L'Avvocato degli enti pubblici. Commentario ragionato di legislazione, giurisprudenza e prassi*, cit., 197 e ss.

⁽⁸¹⁾ La norma, come è noto, ha superato il vaglio di costituzionalità (Corte Cost. 6 febbraio, 2009, n. 33, in GC, 2009, 4-5, I, 821). Pur rilevando che non vi è alcuna decurtazione della retribuzione in quanto si tratta di un intervento volto alla distribuzione tra datore di lavoro e lavoratore del carico contributivo solo per la parte che riguarda il compenso professionale, l'intervento della Corte Costituzionale si segnala anche per aver esplicitamente accolto la tesi della natura retributiva di queste somme (inserite all'interno del *trattamento retributivo* riservato agli avvocati dipendenti). Ulteriore problema (al quale qui è possibile solo un accenno) riguarda la possibilità di accollare tali oneri a carico della parte soccombente in giudizio, tra la tesi di chi ritiene che la posizione del legale dipendente non possa essere accomunata a quella del libero professionista (la distribuzione degli oneri previdenziali attiene al rapporto di pubblico impiego; cfr. TAMPIERI, *Questioni controverse in tema di compensi professionali degli avvocati pubblici dipendenti*, cit., in questa Rivista, 2014, 297 e ss.) e la tesi opposta avallata da pareri espressi da alcuni Ordini Forensi (cfr. TRENTINI, *L'Avvocato degli enti pubblici. Commentario ragionato di legislazione, giurisprudenza e prassi*, cit., 220 e ss.)

⁽⁸²⁾ Sulla norma sono intervenute modifiche sostanziali ad opera del d.l.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

121

I *mico complessivo* dei singoli dipendenti, comprensivo del trattamento accessorio (comma 1), sia alle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, con ulteriore riduzione in misura proporzionale rispetto alla riduzione del personale in servizio (comma 2 *bis*). Chiamata a verificare l'impatto sui compensi professionali di questi interventi di contenimento della spesa, e a determinare la corretta individuazione delle risorse destinate al trattamento accessorio, la Corte dei Conti ha precisato ⁽⁸³⁾ che le sole risorse di alimentazione del Fondo che devono ritenersi sottratte al tetto introdotto dall'art. 9 comma 2 *bis* sono quelle destinate a remunerare prestazioni professionali tipiche di soggetti individuati o individuabili e che potrebbero essere acquisite all'esterno con costi aggiuntivi. Sulla questione è poi intervenuta la Ragioneria Generale dello Stato, con il parere reso il 4 settembre 2013, nel quale è evidenziata la distinzione tra risorse eterofinanziate che non costituiscono aggravio di spesa per l'ente e che sono escluse dalle componenti per il calcolo delle riduzioni di spesa per il personale, e risorse che invece insistono sui bilanci degli enti. Nel primo gruppo rientrano i compensi professionali derivanti da sentenze favorevoli con condanna al pagamento delle spese processuali a carico della controparte; nonostante le delibere in senso contrario della Corte dei Conti, secondo la Ragioneria restano invece soggetti ai normali vincoli di spesa (compreso quello indicato dal comma 2 *bis* cit.) i compensi professionali erogati dagli enti sulla base di sentenze favorevoli a spese compensate ⁽⁸⁴⁾.

La successiva legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147) ha poi introdotto una specifica norma volta alla riduzione diretta dei compensi professionali per l'Avvocatura di Stato e per

13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148) e da ultimo con la legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 247).

⁽⁸³⁾ Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riunite, delibere 31 maggio 2011, n. 9 (in *RCdc*, 2011, 3-4, 171) e soprattutto 4 ottobre 2011, n. 51, in *RCdc*, 2011, 5-6, 2 e in questa *Rivista*, 2012, II, 171 (con nota di D'Iorio, *Ipotesi di illegittimo ampliamento del fondo per la contrattazione integrativa dopo il d.l. 78 del 2010*, in questa *Rivista*, 2012, II, 177 e ss.).

⁽⁸⁴⁾ La Corte dei Conti ha comunque continuato a ribadire in più di una occasione l'esclusione dei compensi professionali destinati agli avvocati dipendenti dai tetti di spesa previsti per il personale, indipendentemente dalla provenienza (riscosso o parcellato su compensazione): cfr. ad es. Corte dei Conti, sez. Liguria, n. 86/2013, in *www.corteconti.it*; Corte dei Conti, sez. Veneto, 12 marzo 2014, in *www.corteconti.it*. L'impostazione della Ragioneria dello Stato può ritenersi oggi superata dall'entrata in vigore del d.l. n. 90/2014, che espressamente ha indicato nuovi limiti specifici per i compensi professionali destinati agli avvocati dipendenti (vedi *infra*).

quelle degli enti pubblici. L'art. 1, comma 457, inserendosi nel solco della distinzione, ormai istituzionalizzata, tra il « riscosso » ed il « compensato »⁽⁸⁵⁾, ha previsto un meccanismo di riduzione percentuale dei compensi meno gravoso per quelli direttamente a carico delle controparti. La norma, pur lasciando qualche perplessità in ordine alla sua legittimità costituzionale, per il fatto di tradursi in un prelievo destinato ad una specifica categoria di lavoratori⁽⁸⁶⁾, ha avuto vita breve, in quanto è stata espressamente abrogata dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (art. 9) che, come vedremo, ha dettato una nuova disciplina complessiva dei compensi spettanti alle avvocature degli enti pubblici.

3.4. *L'art. 9 del d.l. n. 90/2014 e la sua riformulazione nella legge di conversione (legge 11 agosto 2014, n. 114).*

Pochi mesi dopo la pubblicazione della legge di stabilità, il Governo non ha resistito alla tentazione di una nuova specifica disposizione dedicata agli Avvocati dello Stato e degli Enti pubblici, nell'ambito di un complesso normativo recante « Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari » (d.l. 24 giugno 2014, n. 90). L'intervento questa volta è apparso ancora più diretto e radicale, rispetto ai precedenti tentativi di regolamentazione della materia. L'art. 9, significativamente intitolato *Riforma degli onorari dell'Avvocatura generale dello Stato e delle avvocature degli enti pubblici*⁽⁸⁷⁾, nella sua formulazione originaria, oltre a contenere, al primo comma, l'abrogazione del cit. comma 457 (art. 1, l. n. 147/2013), riprendeva la distinzione tra sentenza favorevole con recupero delle spese a carico della controparte e pronunciata compensazione integrale delle spese. Nel primo caso, non sarebbero spettati

⁽⁸⁵⁾ Anche se, con qualche imprecisione, la norma si riferisce in modo unitario solo ai compensi *liquidati (.....) in favore dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni* nonché alla legge professionale del 1933, che però, nel frattempo, è stata superata dalla legge n. 247/2012.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. le considerazioni già espresse da Corte Cost., 11 ottobre 2012, n. 223, in *Gcost*, 2012, 5, 3293.

⁽⁸⁷⁾ L'ambizione riformatrice della norma in una materia così delicata e nevralgica come quella della remunerazione per la difesa in giudizio dello Stato e delle Pubbliche amministrazioni e la necessità di recepire le numerose istanze ed osservazioni collegate, avrebbero meritato probabilmente l'utilizzazione di uno strumento diverso (un disegno di legge) rispetto al decreto legge, come è, del resto, dimostrato dal fatto che in sede di conversione l'art. 9 è stato riformulato *ex novo*.

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

123

I compensi professionali (secondo comma), mentre, in caso di liquidazione giudiziale di spese, sarebbe stato ripartito solo il 10% delle somme recuperate (primo comma). Rispetto ad una primissima formulazione della norma nella quale non era previsto alcun tipo di esonero, l'art. 9 contenuto nel decreto legge emanato dal Governo aveva poi finito per escludere dall'applicazione del primo comma (sul « riscosso ») gli avvocati inquadrati con qualifica non dirigenziale negli enti pubblici e negli enti territoriali ⁽⁸⁸⁾, ritenendo il particolare trattamento economico previsto per gli Avvocati dello Stato e gli avvocati dirigenti degli enti pubblici idoneo a compensare il sostanziale azzeramento dei compensi professionali fino a quel momento previsti ⁽⁸⁹⁾.

Rispetto al testo del decreto legge, in sede di conversione (legge 11 agosto 2014, n. 114 — pubblicata come Supplemento Ordinario alla G.U. n. 190 del 18 agosto 2014) sono state introdotte alcune novità di assoluto rilievo ⁽⁹⁰⁾. È stata inserita al primo comma, ad esempio, la regola del computo dei compensi professionali erogati dalle amministrazioni ai fini del raggiungimento del limite retributivo di cui all'art. 23 ter del d.l. 6 dicembre 2011 (conv. con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), rappresentato dal trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione. Questa nuova indicazione, oltre a confermare che comunque i compensi professionali costituiscono per il legale dipendente una forma di retribuzione, in

⁽⁸⁸⁾ A parte la quanto meno bizzarra abrogazione di una norma solo per una limitata categoria di destinatari, il legislatore con questa disposizione riconosce la legittimità della figura dell'avvocato dirigente, figura professionale che, tuttavia, non è presente — ad esempio — negli enti pubblici non economici e che pare comunque, come si è accennato, difficilmente compatibile con la struttura dei rapporti interni agli uffici immaginata dell'art. 23 della legge professionale sull'avvocatura.

⁽⁸⁹⁾ In realtà, proprio questo tipo di intervento aveva messo in luce il limite principale della disciplina, fin da subito rilevato nelle prime letture, e consistente in una vera e propria cancellazione di una parte del trattamento economico-retributivo (per giunta, quello legato all'attività professionale), attuata in modo lineare e non rispettoso dei diversi inquadramenti e delle molteplici e variegate situazioni stipendiali e retributive degli avvocati dipendenti (del tutto diverse e non equiparabili tra loro, o, addirittura, con la posizione degli Avvocati dello Stato), con effetti mortificanti sul ruolo e la funzione dei legali dipendenti.

⁽⁹⁰⁾ Vista la recentissima pubblicazione della norma, il presente commento può fornire solo qualche impressione ricavata dalla semplice lettura del testo, in attesa di ulteriori e necessari approfondimenti anche e soprattutto derivanti dalla regolamentazione applicativa.

quanto, anche quando sono eterofinanziati, sono direttamente corrisposti dal proprio datore di lavoro e non da altri soggetti (ad es. controparti soccombenti), mostra il capovolgimento di prospettiva: non più una decurtazione in una percentuale fissa, bensì una devoluzione alle singole amministrazioni, anche in sede contrattuale, del compito di individuare le concrete modalità di erogazione dei compensi, all'interno di limiti di spesa non solo generali ma anche legati al trattamento individuale.

Si conferma poi l'abrogazione del comma 457 dell'art. 1 l. n. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014) ⁽⁹¹⁾, nonché del terzo comma dell'art. 21 del testo unico di cui al r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, norma questa che prevedeva l'attribuzione agli Avvocati dello Stato, nei casi di sentenza favorevole con compensazione di spese, della metà delle competenze di avvocato e procuratore che si sarebbero liquidate nei confronti del soccombente ⁽⁹²⁾.

L'art. 9 inoltre accentua la rigidità della distinzione, nell'ambito dei compensi derivanti da sentenza favorevole, tra quelli recuperati a carico delle controparti e quelli dovuti a seguito di compensazione delle spese.

Le somme riscosse (cui sono dedicati i commi da 3 a 5) sono infatti ripartite tra gli avvocati degli enti pubblici ⁽⁹³⁾ nella misura e con le modalità stabilite dai vari regolamenti e dalla contrattazione collettiva, tenendo conto di alcune condizioni e limiti: il filtro rappresentato dal necessario passaggio contrattuale e/o regolamentare; l'applicazione di criteri di riparto attinenti al *rendimento individuale* dell'avvocato, parametro questo desumibile da coefficienti oggettivamente misurabili che tengano conto della puntualità negli adempimenti processuali ⁽⁹⁴⁾; il limite massimo interno, rappresentato dal fatto che i compensi possono essere corrisposti in modo da attribuire a ciascun

⁽⁹¹⁾ Per ovviare alla mancanza di risparmi di spesa che erano stati preventivati con la norma abrogata, in sede di conversione è stato aggiunto il comma 9 che impone il divieto di minori risparmi di spesa rispetto a quelli già previsti a legislazione vigente e considerati nei saldi tendenziali di finanza pubblica.

⁽⁹²⁾ L'abrogazione di questa norma ha una rilevanza indiretta (ma non meno importante) anche su quei regolamenti interni di ente che si ispirano alla disciplina dell'Avvocatura dello Stato, in punto, ad esempio, di decurtazione ulteriore dei compensi professionali rispetto agli importi minimi tabellari di parcellazione.

⁽⁹³⁾ Per gli Avvocati dello Stato il quarto comma prevede una disciplina specifica di distribuzione di tali compensi limitata al 50% del riscosso.

⁽⁹⁴⁾ La norma sembra aver tenuto conto delle modalità di corresponsione in uso, ad esempio, presso l'INPS (vedi *supra*).

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

125

I avvocato una somma non superiore al suo trattamento economico complessivo ⁽⁹⁵⁾; il limite generale esterno rappresentato dal computo ai fini del raggiungimento del limite retributivo di cui all'art. 23-ter del d.l. n. 201/2011; l'indicazione di un residuo (eventuale?) da riversare nel bilancio dell'amministrazione.

Quanto alle sentenze favorevoli con compensazione di spese (o alle transazioni dopo sentenza favorevole), il sesto comma dell'art. 9 sancisce espressamente, il diritto al relativo compenso professionale, a favore degli avvocati degli enti pubblici, senza distinzioni di categoria (si tratta di una indicazione generale, tuttavia, in quanto contenuta in un testo di legge, di assoluto rilievo). Anche in questo caso, la determinazione in concreto delle somme spettanti è demandata alle norme regolamentari o contrattuali; rispetto ai compensi derivanti dal « riscosso », il riferimento alla normativa di dettaglio *vigente* sembra non dover rendere necessaria una revisione (quanto meno *in pejus*) dei regolamenti o dei contratti già in essere, in punto di determinazione del diritto ai compensi. L'ipotesi sembra confermata dal successivo comma 8 che, illustrando l'efficacia temporale della riforma, per quanto riguarda i compensi derivanti dalle sentenze favorevoli con compensazione di spese, non riporta il riferimento all'adeguamento dei contratti e dei regolamenti e nello stesso tempo ribadisce che il primo periodo del comma 6 si applica alle sentenze depositate dopo la data di entrata in vigore del decreto) ⁽⁹⁶⁾. Ciò non toglie, tuttavia, che la normativa di dettaglio *vigente* debba essere necessariamente valutata e riesaminata alla luce dell'introduzione dei nuovi limiti, costituiti per un verso dallo stanziamento previsto, che non può superare il corrispondente stanziamento relativo all'anno 2013, e, per altro verso, dal trattamento economico complessivo in godimento al legale dipen-

⁽⁹⁵⁾ Probabilmente il legislatore ha voluto recuperare la stessa locuzione di *trattamento economico complessivo* contenuta nell'art. 9 del d.l. n. 78/2010, quale somma globalmente corrisposta ai dipendenti in base annua (comprensiva dei trattamenti accessori) per gli anni 2011, 2012, 2013 e 2014. La *ratio* dell'indicazione sembra voler includere nel trattamento economico tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro, anche a titolo di retribuzione e somme accessorie (e quindi nel caso degli avvocati, anche i compensi professionali che il primo comma, come abbiamo visto, qualifica come somme comunque corrisposte dal datore di lavoro).

⁽⁹⁶⁾ In sostanza mentre per la determinazione del « riscosso » sarà necessario l'adeguamento dei contratti e dei regolamenti nel termine di tre mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione (pena la mancata corrispondenza di compensi), per il « compensato » l'adeguamento sarà opportuno solo al fine di conformare il contenuto dei regolamenti (o dei contratti) alle nuove indicazioni normative migliorative.

dente (comma settimo), dovendosi comunque tener conto del limite generale previsto primo comma ⁽⁹⁷⁾.

Nell'ambito dei compensi diversi dal « riscosso », il secondo periodo del sesto comma individua un particolare regime relativo ai *giudizi di cui all'art. 152 delle disposizioni di attuazione* del c.p.c. La norma processuale tratta dell'esenzione del pagamento di spese, competenze ed onorari nei giudizi per prestazioni previdenziali. Pare dunque di capire che in questo tipo di giudizi (in materia di prestazioni previdenziali ed assistenziali), dove è fatta applicazione obbligatoria del criterio di compensazione di spese in base al reddito della parte soccombente, possano comunque essere corrisposti compensi professionali ai legali dipendenti, anche qui sulla base delle norme regolamentari e contrattuali che dovranno essere scritte o adeguate entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione. In questo caso, mentre si applicherà il limite dello stanziamento relativo al 2013, non trova applicazione il limite di cui al comma settimo, ossia quello riferito al trattamento economico complessivo.

Anche per quanto riguarda il regime temporale di applicazione della riforma, si apprezza una netta distinzione tra i compensi professionali derivanti da liquidazione di spese processuali e compensi erogati negli altri casi di sentenze favorevoli. Le disposizioni che riguardano i compensi per i quali è necessario l'adeguamento dei regolamenti o dei contratti collettivi si applicano a decorrere dall'avvenuto adeguamento, da operarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione (19 agosto 2014); nelle sole ipotesi di compensazione di spese nei giudizi diversi da quelli dove è applicata la regola di cui all'art. 152 disp. att. c.p.c., l'ottavo comma dell'art. 9 fa riferimento alle sentenze depositate successivamente alla data di entrata in vigore non della legge di conversione ma del decreto legge (25 giugno 2014). Ciò non toglie, tuttavia, che anche per questo tipo di compensi, come si è detto, sia opportuno, se non necessario, un adeguamento dei regolamenti (o dei contratti) vigenti, quanto meno per elidere quelle disposizioni che contrastano o che esulano dalle indicazioni (assai puntuali) contenute nell'art. 9 e per stabilire le modalità di apposizione del limite di cui al comma 7 (trattamento economico complessivo).

La norma, peraltro, anche per già dettagliata disciplina che con-

⁽⁹⁷⁾ L'indicazione del limite specifico dello stanziamento relativo al 2013 conferma l'inapplicabilità ai compensi professionali dei limiti di spesa di cui all'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122), contrariamente a quanto sostenuto dalla Ragioneria dello Stato (vedi *supra* nota 84)

Dottrina ○ *I recenti interventi normativi di avvocati di enti pubblici*

127

I tiene, non si preoccupa di indicare se l'attuazione del diritto ai compensi debba avvenire, in via esclusiva, mediante regolamento o mediante contratto (è come se prendesse atto del concorso di fatto esistente tra queste fonti); piuttosto, fissa un termine di tre mesi per l'adeguamento, prevedendo, in caso di inerzia delle amministrazioni, una conseguenza drastica (la mancata corresponsione di alcun tipo di compenso professionale a far data dal 1 gennaio 2015) che, in modo abbastanza inusuale, ricade, con aspetti quasi sanzionatori, sul destinatario dei compensi, ossia l'avvocato dipendente, al quale, a questo punto, viene attribuito in via diretta un interesse al completamento in termini perentori di un'attività amministrativa, da esplicarsi in sede regolamentare o, nel concorso delle volontà, in sede contrattuale ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Resta tutto da indagare il profilo degli strumenti a disposizione del legale dipendente per ovviare, durante il decorso del termine e in caso di mancata osservanza dello stesso, all'inerzia della propria amministrazione (messa in mora, diffida, azione di risarcimento dei danni).