Pubblicato il 07/06/2017

N. 02731/2017REG.PROV.COLL.
N. 07520/2016 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 7520 del 2016, proposto da:

Comune di Busto Arsizio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Lucchetti, con domicilio eletto presso lo studio legale Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Zoppolato Maurizio, Salina Marco, Brigandì Joseph, Benedetti Max Diego, De Marini Francesco, Bifulco Fabio Andrea, Canta Francesca Angela, Boifava Maurizio, Griselli Luca, Savorelli Barbara, Fumarola Lorella, Bonatti Stefano e Dal Molin Alessandro, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Maurizio Zoppolato e Fabio Andrea Bifulco, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via del Mascherino, 72;

nei confronti di

Comune di Gallarate, Comune di Lonate Pozzolo, Comune di Mozzate, Comune di Busto Garolfo, Comune di Cardano al Campo, in persona dei rispettivi Sindaci *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

Avvocatura Comunale Unica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Provincia di Alessandria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Vella, Paola Terzano, Desiree Fortuna ed Antonella Terranova, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via Vincenzo Bellini, 24;

Città Metropolitana di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Roberta Brusegan, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Emilia, 88;

Comune di Gabicce Mare, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Berti, con domicilio eletto presso lo studio legale Giovanni Bonaccio in Roma, Piazzale Clodio, 56;

Comune di Prato, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

Provincia di Monza e della Brianza nonché Provincia di Como, in persona dei rispettivi Presidenti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

ad opponendum:

Ordine degli Avvocati di Milano, rappresentato e difeso

dall'avvocato Mauro Collini, con domicilio eletto presso lo studio legale Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14a/4;

Daniela Anselmi, Roberto Damonte, Ricardo Maoli, Andrea Mozzati, Emiliano Bottazzi, Filippo Scorcucchi, Francesco Massa, Matteo Borello, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Anselmi e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via G. Amendola, 46/6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE III, n. 1608/2016, resa tra le parti, concernente una convenzione intercomunale costitutiva dell'avvocatura comunale unica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Maurizio Zoppolato e di Angela Canta e di Maurizio Boifava e di Luca Griselli e di Marco Salina e di Joseph Brigandì e di Max Diego Benedetti e di Francesco De Marini e di Barbara Savorelli e di Lorella Fumarola e di Stefano Bonatti e di Fabio Andrea Bifulco e di Alessandro Dal Molin;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Corinna Fedeli (su delega di Vinti), Alessandra Noli Calvi (su delega di Collini), Giuseppe Cordedda (su delega di Zoppolato), Lucchetti, Sciacca Berti e Damonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, gli odierni appellati, tutti iscritti all'Ordine degli avvocati ad asseritamente esercitanti la professione in Lombardia, prevalentemente nell'ambito del diritto amministrativo, impugnavano alcuni provvedimenti precedentemente adottati dal Comune di Busto Arsizio e precisamente:

la delibera recante "*Convenzione intercomunale costitutiva dell'Avvocatura Comunale Unica*", approvata in data 30 settembre 2013 dal Consiglio comunale di Busto Arsizio, da proporre ai Comuni interessati alla costituzione dell'Avvocatura Unica. Con la stessa delibera il Comune disponeva altresì di concludere la convenzione con il Comune di Gallarate, "*precisando che per eventuali ulteriori convenzionamenti si procederà con apposito atto deliberativo*";

la deliberazione dell'11 marzo 2015, con la quale il Consiglio Comunale di Busto Arsizio aveva approvato l'adesione del Comune di Cardano al Campo;

le deliberazioni nn. 74, 75 e 76 del 16 luglio 2015, con le quali veniva approvato il convenzionamento con i Comuni di Lonate Pozzolo, Mozzate e Busto Garolfo.

I ricorrenti deducevano l'illegittimità dei suddetti provvedimenti, evidenziando come:

da un lato, l'art. 30 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) prevedererebbe un modello operativo diverso da quello posto in essere dal Comune di Busto Arsizio, in quanto consentirebbe la creazione di un "ufficio comune" che operi con "personale distaccato", a cui affidare le funzioni di ufficio legale dei vari enti costituenti. Invece il Comune di Busto Arsizio non avrebbe costituito un "ufficio comune", alle dipendenze

dei Comuni convenzionati, ma avrebbe individuato l'avvocatura comunale di Busto Arsizio come ufficio di cui gli altri Comuni avrebbero potuto avvalersi senza prevedere il distacco di proprio personale;

il modello così posto in essere contrasterebbe con il principio di incompatibilità della professione forense, non potendo essere ricondotto entro i rigidi parametri posti dalla deroga di cui all'art. 19 l. 31 dicembre 2012, n. 247 (*Legge professionale forense*);

in subordine, i provvedimenti impugnati realizzerebbero una violazione dei principi comunitari di libertà nella prestazione dei servizi e di libera concorrenza, integrando uno sviamento dalla causa tipica di legge.

Con sentenza 26 agosto 2016, n. 1608, il Tribunale amministrativo della Lombardia accoglieva il ricorso.

Avverso tale decisione il Comune di Busto Arsizio interponeva appello, chiedendone la riforma sulla base dei seguenti motivi di gravame:

Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione degli articoli 2, 18, 19 e 23 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 e dell'articolo 2, comma 12 della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

Contraddittorietà e sviamento nell'interpretazione delle medesime norme di legge.

All'udienza del 6 aprile 2017 le parti esponevano oralmente le proprie difese, all'esito delle quali la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Al fine di risolvere la complessa questione sottoposta all'esame del Collegio, è opportuno ripercorrere l'esame dei testi normativi che vi dispiegano effetto.

In primo luogo, l'articolo 2, comma 12, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (*Legge Finanziaria per il 2008*) dispone che "*Gli enti locali di cui all'articolo 2 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, possono istituire, mediante apposite convenzioni, da stipulare ai sensi dell'articolo 30 del medesimo testo unico, uffici unici di avvocatura per lo svolgimento di attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati*".

Quindi, l'articolo 30 del d.lgs. 267 del 2000 prevede che "*Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni.*

2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.

3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo.

4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti".

Infine, l'articolo 18, lettera d) della legge n. 247 del 2012 stabilisce l'incompatibilità della professione di avvocato "*con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato*"; peraltro, il

successivo articolo 19, nel dettare le eccezioni al regime delle incompatibilità, dispone, al comma 3, che "*È fatta salva l'iscrizione nell'elenco speciale per gli avvocati che esercitano attività legale per conto degli enti pubblici con le limitate facoltà disciplinate dall'articolo 23*".

Quest'ultima norma prevede, a sua volta, che gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici, "*ai quali venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta, sono iscritti in un elenco speciale annesso all'albo. L'iscrizione nell'elenco è obbligatoria per compiere le prestazioni indicate nell'articolo 2*".

A tal riguardo, il secondo comma precisa che "*Per l'iscrizione nell'elenco gli interessati presentano la deliberazione dell'ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente stesso e l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni; la responsabilità dell'ufficio è affidata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i principi della legge professionale*".

Dal combinato disposto delle norme in esame, discende pertanto che è eccezionalmente ammessa l'assunzione, quali lavoratori subordinati, di avvocati iscritti al relativo Albo professionale, a condizione che gli stessi vengano posti alle *dirette* ed *esclusive* dipendenze di una pubblica amministrazione, la qual ultima attribuisca loro, in via esclusiva, la trattazione dei propri affari legali.

Tale rapporto di *esclusività* si giustifica in virtù del particolare vincolo fiduciario che caratterizza il rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, cui si ricollega altresì il principio

dell'immedesimazione organica, non previsto invece negli ordinari rapporti tra soggetti privati.

Principi, quelli appena richiamati, che eccezionalmente consentono di derogare al generale divieto di subordinazione del professionista legale, divieto che trova la sua *ratio* nella fondamentale esigenza di assicurarne, in ragione della sua responsabilità professionale, autonomia di giudizio e libertà di orientamento, in ragione del rilievo – che attinge aspetti di rilevante interesse pubblico – della sua attività professionale.

Questa *ratio* ha trovato conferma, da ultimo, nella riforma dell'ordinamento forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247 - *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*), i cui tratti essenziali definiscono in via sistematica gli elementi connotativi della professione forense: i quali, per il loro carattere generale, non incontrano deroghe nella precedente disciplina di cui al richiamato art. 2, comma 12, l. n. 244 del 2007.

La vigente legge forense, in particolare, qualifica l'avvocato quale libero professionista, che svolge – in via tendenzialmente esclusiva – l'attività di assistenza, rappresentanza e difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali; a dette funzioni vanno peraltro associate, se connesse all'attività in giustizia e svolte in modo continuativo, sistematico ed organizzato, quelle di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale.

Solo in limitati ed eccezionali ipotesi la legge permette agli esercenti la professione forense di porre in essere, a vantaggio di terzi soggetti, rapporti di lavoro di tipo subordinato, ovvero di stipulare contratti di prestazione di opera continuativa e coordinata che hanno ad oggetto la consulenza e l'assistenza legale stragiudiziale, nell'esclusivo

interesse del datore di lavoro o del soggetto in favore del quale l'opera viene prestata.

L'autonomia e l'indipendenza nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali costituiscono, per la legge, un requisito della professione: e l'articolo 3 della richiamata l. n. 244 del 2007 così puntualizza: «*l'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale*", laddove "*la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa*».

Ancora, la necessità dell'indipendenza professionale dell'avvocato trova un altro riscontro nel successivo articolo 18, a mente del quale «*la professione di avvocato è incompatibile […] con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale*", così come "*con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato*»: resta ferma tuttavia l'eventualità di iscrizione nell'elenco speciale per gli avvocati che esercitano attività legale per conto degli enti pubblici, con le limitate facoltà disciplinate dal successivo articolo 23.

Tale norma, coerente con i principi detti, subordina l'iscrizione (necessaria per svolgere l'attività forense) alla circostanza che a tali legali, seppur giuridicamente qualificabili come lavoratori subordinati, ««*venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta*».

Sempre l'articolo 23, ad assicurare il rispetto di indipendenza di valutazione e di scelta essenziali alla figura dell'avvocato, anche se – eccezionalmente – dipendente da un ente pubblico, precisa che «*per*

l'iscrizione nell'elenco gli interessati presentano la deliberazione dell'ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente stesso e l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni; la responsabilità dell'ufficio è affidata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i princìpi della legge professionale».

Il rapporto di servizio di cui trattasi deve dunque essere "stabile" (nei sensi usuali del rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche) ed ad oggetto esclusivo l'esercizio delle funzioni professionali.

È naturale rilevare che una tale configurazione pone alcune caratterizzazioni specifiche al rapporto di lavoro di un siffatto avvocato che lo differenziano da quello usuale di un altro pubblico dipendente, i contenuti della cui attività sono assoggettati ai noti vincoli di gerarchia. Il che deve trovare compensazione nella particolare selezione del reclutamento e avere rilevanza, *durante munere*, nella persistenza delle caratteristiche costitutive della fiducia professionale.

Quando è previsto un ufficio unico di avvocatura tra diverse amministrazioni municipali, valgono le medesime connotazioni.

In tal caso, la valutazione e le scelte da intraprendere nei singoli casi a difesa degli interessi di uno degli enti convenzionati potrebbe, in ipotesi, attingere interessi non coincidenti tra i vari membri della convenzione: e solo un'effettiva autonomia professionale (da intendersi, anche giuridicamente, comunque al servizio di tutti gli enti convenzionati tra loro e non di uno solo di essi), quale quella imposta dalla legge, consentirebbe di assicurare, in concreto, l'esercizio di un'obiettiva funzione professionale.

In tale ottica d'insieme si iscrive anche l'articolo 2, comma 12, della l. n. 244 del 2007.

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

Nel caso di specie, come si rileva dalle emergenze processuali, non si era in presenza di un ufficio creato *ex novo* dai comuni interessati all'attivazione, in forma convenzionata, di un servizio legale comune; bensì di una unidirezionale mera messa a disposizione – sia pure tramite articolata (e successiva) convenzione – dei servizi dell'ufficio legale del Comune di Busto Arsizio anche ad altri enti territoriali, secondo un dispositivo riconducibile, in ultimo, a schemi negoziali di tipo privatistico.

Si è dunque al di fuori dello schema legale del richiamato articolo 2, comma 12, la cui natura eccezionale non consente interpretazioni analogiche o estensive.

In particolare la norma, intesa a una razionalizzazione dei pubblici servizi e al conseguente contenimento della spesa, persegue un duplice obiettivo: *a)* assicurare la fruizione, con carattere di

continuità, di un importante servizio quale quello legale "interno" anche agli enti locali inizialmente sprovvisti di siffatta struttura (ad esempio perché di dimensioni minori o impossibilitati ad affrontare la relativa spesa); *b)* prevenire, per contro, che per tale via si assista ad una nuova proliferazione dei pubblici uffici.

In questi termini non appare di suo necessaria la "messa in comune", tra i diversi enti locali convenzionati, del personale dagli stessi già dipendente e dotato della qualifica di avvocato: ciò, infatti, verrebbe a contraddire in concreto la ragione della innovazione legislativa, perché precluderebbe l'accesso al servizio a quei comuni cui la norma appare precipuamente diretta, ossia a quelli di dimensioni minori, che finora non hanno potuto avvalersi per ragioni di bilancio di siffatto servizio.

La convenzione tra i comuni interessati, dunque, ben potrebbe prevedere che solo i comuni che già dispongono del relativo personale provvedano a "conferirlo" al costituendo "ufficio comune", gli altri potendo apportare, in tutto o in parte, personale amministrativo e dotazioni materiali della struttura. Ma ciò che appare insuperabile – ai sensi della riforma – è che l'ufficio (proprio perché "unico") di avvocatura sia "nuovo" e realmente "comune" ai vari enti territoriali consorziati. Il che comporta, per riflesso, la simultanea cessazione ad ogni effetto dell'ufficio del comune conferente quando sorge l'ufficio comune.

In breve, non pare possa trattarsi – come invece pare avvenuto nel caso di specie – dell'utilizzo promiscuo di un ufficio legale (o, per meglio dire, del relativo personale) già esistente di uno o più comuni determinati. Gli enti consorziati debbono creare *ex nihilo* un ufficio nuovo, posto nell'integrale e promiscua e pari contitolarità degli

stessi sotto ogni punto di vista (tanto sotto il profilo organizzativo e logistico, quanto sotto quello del rapporto di servizio del relativo personale, non [più] dipendente da una singola amministrazione consorziata, bensì dalla nuova struttura comune – o, per meglio dire, dalla totalità delle amministrazioni costituenti).

Quanto sopra non esclude che poi nuovi enti territoriali possano entrare, con il consenso dei precedenti, a far parte dell'accordo consortile e, dunque, acquisiscano la contitolarità *pro quota* dell'ufficio (e servizio) comune, purché ciò non eluda i principi di cui si è detto.

La questione oggetto dei precedenti rilievi, sulla riconducibilità della fattispecie al regime dell'articolo 2, comma 12, l. n. 244 del 2007, assorbe ogni eccezione sollevata dall'appellante, che non andrà conseguentemente affrontata (*in primis*, i dedotti profili di legittimità costituzionale della disposizione).

L'appello va dunque respinto perché non è dato ricondurre la fattispecie nell'ambito della disciplina eccezionale dell'articolo 2, comma 12.

La novità della questione trattata giustifica peraltro l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Valerio Perotti	**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO