Cass., S.U., 3/5/2005, n. 9096, riporta una importante valutazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma sul "diritto quesito" in tema di iscrizione all'albo ...

Cass., sez. un., 03-05-2005, n. 9096.
SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
L'avv. ..... iscritto all'Albo dell'Ordine degli Avvocati di Roma, dal ....., in data ..... 2001 ha instaurato un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'Azienda Municipale Ambiente - AMA SpA, in qualità di responsabile dell'Ufficio Legale, ed ha richiesto al COA di Roma di essere iscritto all'elenco speciale dello stesso ordine ex art. 3, il 4^ comma lett. b) R.D.L. 1578/1933.
Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma con deliberazioni del 7 novembre 2002 e del 19 novembre 2002, notificate rispettivamente il 21 novembre 2002 e il 16 gennaio 2003 respingeva la richiesta di trasferimento dell'iscrizione dell'avv.... dall'Albo degli Avvocati del libero foro all'elenco speciale degli Avvocati con esercizio limitato alle cause ed agli affari inerenti all'ufficio cui sono addetti e disponeva conseguentemente la sua cancellazione dall'Albo ordinario per incompatibilità.
Ciò sull'assunto che "l'AMA è attualmente, una società per azioni, a seguito di trasformazione dell'originaria azienda e non viene dedotta, ai fini della richiesta dell'avv. R., una oggettiva natura pubblicistica della stessa". **Il Consiglio di Roma soggiungeva altresì che "diritto quesito" di cui all'art. 3 della legge 218/90**
è utilizzabile nell'ipotesi in cui gli enti trasformatisi in società per azioni mantengano un proprio ufficio legale già esistente, avvalendosi di legali che già ne facevano parte, non invece nell'ipotesi in cui sia instaurato - come nel caso di specie - un nuovo rapporto di lavoro.
Avverso la deliberazione del COA, l'avv..... proponeva ricorso, svolgendo le seguenti censure:
1) in primo luogo la violazione dell'art. 3 della R.D.L. 1578/33 ove si esclude l'assimilazione dell'AMA a qualsiasi istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni.
2) In secondo luogo la disparità di trattamento rispetto ai quattro avvocati già in servizio presso l'Ufficio Legale dell'AMA.
Il Consiglio onale Forense con sentenza n. 61/04 del 1 aprile 2004 accoglieva il ricorso dell'avv....
Osservava il CNF che li rigetto dell'istanza presentata dall'avv.... muoveva da due ordini di considerazioni:
- dalla mancata dimostrazione della oggettiva natura pubblicistica della AMA SpA;
- della avvenuta instaurazione del rapporto di lavoro a seguito della compiuta trasformazione dell'AMA in SpA (e cioè in una fase successiva alla sua configurazione quale Azienda Speciale del Comune di Roma).
Respingeva per altro, entrambe le argomentazioni, sottolineando che una complessa evoluzione della nozione di "soggetto pubblico" ha caratterizzato, negli ultimi decenni la produzione legislativa onale e comunitaria, nella disciplina dell'esercizio della funzione amministrativa. A partire, quanto meno; dalla L. 142/90 (la legge sulle autonomie locali) l'ordinamento onale sarebbe contrassegnato dall'apertura dei li pubblicistici di gestione della

cosa pubblica alle istanze ed ai moduli privatistici.
L'esercizio dei servizi pubblici, in forma societaria, alla stregua della formulazione dell'art. 22 L. 142/90 (a tutt'oggi trasfuso nell'art. 35 del T.U. sugli Enti locali) è infatti sufficiente dimostrazione della utilizzazione pubblicistica dei li societari. Utilizzazione sottolineata nel caso di specie dalla "integrale detenzione pubblica delle quote societarie dell'AMA (la società è integralmente detenuta da soggetti pubblici)", da cui deriverebbe "l'oggettiva natura pubblicistica" dell'ente.
Secondo il CNF, poi, ove il COA avesse ritenuto insufficiente la documentazione e le argomentazioni addotte dal ricorrente, a provare la natura pubblica dell'AMA, avrebbe dovuto disporre una integrazione documentale, non invece arrestarsi dinnanzi ad una presunta carenza istruttoria.
Per quanto attiene alle argomentazioni relative alla "novità" del rapporto di lavoro instaurato con l'avv.to R. il CNF sosteneva che "l'interpretazione dell'art. 3 della L. 218/90, invocata dal COA, non può trovare alcuna applicazione nel caso di specie". Dovendosi, ritenere legittima l'iscrizione nell'elenco speciale per tutti i dipendenti degli enti pubblici assegnati in via esclusiva all'Ufficio Legale dell'ente stesso (in tal senso C.N.F. Sent. 285/99, 29 marzo 2000 n. 19, 208/99, 225/99, 201/99) purchè presso l'ente sia stato istituito un ufficio legale staccato ed autonomo, con specifica trattazione degli affari legali dell'ente e che il richiedente sia adibito al suddetto ufficio, occupandosi in via esclusiva delle cause e degli affari legali dell'ente. Ed a nulla varrebbe in contrario, invocare la previsione di cui all'art. 3 suindicato, in quanto la norma si riferisce ai rapporti di lavoro dei dipendenti di enti creditizi trasformati in società per azioni. Fattispecie non assimilabile a quella in oggetto.
Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma ricorre per Cassazione deducendo un unico articolato motivo; resiste l'avv.to Regard con controricorso eccependo in via preliminare la carenza di legittimazione del COA di Roma a proporre ricorso. Il Consiglio dell'Ordine di Roma ha depositato memoria.
MOTIVI DELLA DECISIONE
L'eccezione preliminare sollevata dalla difesa dell'avv.to Regard deve essere respinta.
È invero pacifico nella giurisprudenza di questa Corte il principio secondo cui gli ordini professionali sono legittimati a contraddire ai ricorsi proposti dagli interessati contro i provvedimenti che i rispettivi consigli adottano nella materia della tenuta dell'albo e della disciplina; tale legittimazione, nella materia della disciplina degli avvocati, si può esprimere nello svolgere difese davanti al consiglio onale forense e nel proporre ricorso per Cassazione contro le sue decisioni; a tal fine l'ordine degli avvocati può farsi rappresentare anche da avvocato che abbia preso parte alla deliberazione impugnata, la quale non pone il professionista in una situazione di incompatibilità e quindi di impedimento all'esercizio della difesa per la parte da lui rappresentata (Cass., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7872).
Il ricorso deve però essere rigettato.
Con esso il Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Roma deduce violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'art. 3 del R.D.L. 1578/1933. Omessa insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c).
Giova ricordare che il citato art. 3 dopo aver stabilito che "l'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore è incompatibile"..."con qualunque impiego od ufficio retribuito"..."anche alle dipendenze di qualsiasi Amministrazione o istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni", stabilisce però che in queste ultime ipotesi, possono essere iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo "gli avvocati degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualsiasi modo presso" tali enti, "per

quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera".
Presupposto indispensabile per la iscrizione all'elenco speciale è dunque che l'avvocato operi alle dipendenze di "qualsiasi Amministrazione o istituzione pubblica", occorre poi che presso tale istituzione sia costituito un "ufficio legale".
La valutazione circa la natura pubblicistica della istituzione comporta senza dubbio il concorso di considerazioni di carattere giuridico e di considerazioni di fatto.
Nel suo ricorso il Consiglio dell'Ordine di Roma deduce, in diritto, che una società per azioni non potrebbe mai assumere la veste di "istituzione pubblica". E questa impostazione trova indubbia rispondenza nella visione "tradizionale" secondo cui le società per azioni (anche quando le loro azioni sono possedute da enti pubblici) costituiscono istituzioni private che operano secondo le modalità e con gli strumenti degli enti privati.
Questa impostazione è stata travolta attraverso le così dette "privatizzazioni"; con la "privatizzazione" è infatti accaduto che alcuni servizi pubblici - pur ritenuti "essenziali" - siano stati affidati a società per azioni le cui quote sono di pertinenza prevalente, se non esclusiva, di enti pubblici.
La giurisprudenza ha così dovuto prender atto della esistenza di società per azioni che costituiscono "istituzione pubblica"; e quindi ha affermato che la gestione di queste società è sottoposta alla giurisdizione della Corte dei Conti. E puntualmente il Consiglio onale Forense richiama l'art. 22 della legge 142/1990 (ora art. 115 e segg. D. Legs 267/2000. È appena il caso di ricordare la pronuncia di queste Sezioni Unite 26 febbraio 2004, n. 3899, relativa alla SO.GE.MI. (Società per l'impianto e l'esercizio dei mercati annonari all'ingrosso di Milano) - società per azioni con capitale detenuto in misura assolutamente maggioritaria dal Comune di Milano, ma in parte anche dalla SO.FI.MA s.p.a., dall'Unione del Commercio del Turismo e dei Servizi, dalla Sezione di credito agrario della CARIPLO, cui il Comune di Milano ha affidato la gestione del servizio relativo agli impianti e all'esercizio dei mercati annonari all'ingrosso di Milano. La Corte ha affermato che questa situazione integra una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto privato controllato nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando, in contrario, nè la natura privatistica dell'ente stesso, nè la natura privatistica dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito, ed attuato il rapporto in questione. Ancor più significativa appare la ordinanza (sempre delle Sezioni Unite) 2 luglio 2004, n. 12192. circa i controlli contabili gravati sulla la S.T.A. - Società Trasporti automobilistici s.p.a. - Agenzia per la mobilità del Comune di Roma (d'ora in poi: STA) e la C.R.P. - Compagnia Romana Parcheggi s.r.l.
Dunque la qualificazioni di un ente come società di capitali non è di per sè sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso. Ma si deve procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso.
Valutazione che il Consiglio onale Forense ha - sia pur sinteticamente - compiuto sottolineando come l'AMA costituisca una "longa manus" degli enti territoriali, per la gestione di un servizio pubblico del resto finanziato con entrate di natura pubblicistica quali la Tassa (ora tariffa) per la raccolta dei rifiuti.
Stante la novità della questione, appare opportuno procedere a compensazione delle spese.
P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso, compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.