VENTIQUATTRORE AVVOCATO IL SOLE 24 ORE

Gli incarichi ad avvocati esterni nell'ente locale: consulenza e gestione del contenzioso

di Gianluca Sposito*

Il conferimento di incarichi professionali da parte delle pubbliche amministrazioni costituisce tema ricorrente della giurisprudenza della Corte dei conti ed è argomento che peraltro ricompare quasi sistematicamente in occasione dell'adozione di provvedimenti di contenimento della spesa pubblica.

Il legislatore ha individuato limiti precisi per l'attribuzione di incarichi professionali all'esterno, anche nell'ottica di un efficace contenimento della spesa pubblica.

La normativa di riferimento - Il legislatore ha espressamente previsto la possibilità, da parte delle pubbliche amministrazioni, di conferire incarichi professionali a soggetti esterni. In passato non vi era una disciplina generale se non per casi particolari come quello previsto dall'art. 380 del T.U. n. 3/1957 sugli impiegati civili dello Stato, che disciplinava gli incarichi conferiti dai ministri a professori universitari ed esperti di analoga qualificazione. Anche per gli enti locali il T.U. n. 383/1934 aveva previsto specificamente l'ipotesi.

La previsione espressa si è avuta inizialmente per gli enti locali con l'art. 51 della legge n. 142/1990 successivamente modificata e trasfusa nell'attuale art. 110, ultimo comma, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.): per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità (l'art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 29/1993, come sostituito dall'art. 5 del D.Lgs. n. 546/1993, aveva peraltro già stabilito – in via generale – che per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione).

Per i restanti enti pubblici, identificati dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipen-

*Avvocato del Foro di Pesaro, docente di Argomentazione giuridica e retorica forense presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università di Urbino.

denze delle amministrazioni pubbliche»), dispone l'art. 7, ultimo comma, dello stesso decreto legislativo secondo cui «Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente, durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione». Tale disposizione è integrata dal D.P.R. 18 aprile 1994, n. 338 emesso a seguito della specifica previsione dell'art. 2, commi 7, 8 e 9 della legge 24 dicembre 1993, n. 537. Tale regolamento disciplina in particolare il potere dei ministri, in quanto organi di direzione politico-amministrativa privi di competenza direttamente gestionale (art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993, ora confluito nell'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001), di conferire incarichi a soggetti estranei all'apparato amministrativo e, fatte salve le diverse competenze degli organi di vertice rispetto alla dirigenza, riproduce e puntualizza le previsioni dell'attuale art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001.

La pubblica amministrazione può affidare incarichi a professionisti esterni soltanto quando vi sia la dimostrata impossibilità per le strutture interne dell'ente di effettuare le prestazioni in oggetto.

La legge finanziaria 2000 (art. 30, comma 8, modificato dalla legge n. 388/2000) ha poi stabilito che, per raggiungere il patto di stabilità interna, gli enti devono limitare il ricorso alle consulenze esterne; elemento ribadito dalla legge n. 191/2004, e dalla ancor più recente legge n. 311/2004 (legge finanziaria 2005). Da queste norme deriva che una pubblica amministrazione può affidare degli incarichi a professionisti esterni soltanto quando vi sia la dimostrata impossibilità per le strutture interne dell'ente, o per i funzionari in servizio, di effettuare queste prestazioni e quando l'incarico (che deve essere temporaneo e non continuativo) comporta la risoluzione di problemi di particolare complessità, eccedenti le normali competenze dei dipendenti dell'amministrazione[1].

Enti locali e incarichi ad avvocati esterni - Un particolare problema è costituito dall'affidamento di incarichi ad avvocati esterni da parte di amministrazioni locali. Le piccole e medie amministrazioni comunali talvolta non dispongono di propri uffici legali e possono, quindi, rivolgersi a liberi professionisti per sopperire alla carenza del proprio apparato burocratico ovvero per ampliare, mediante qualificati interventi esterni, le competenze degli uffici, purché nell'atto di conferimento dell'incarico ad estranei forniscano una dimostrazione rigorosa ed esaustiva della ragioni giustificatrici del provvedimento attraverso una congrua illustrazione di tutte le problematiche di particolare complessità e difficoltà che determinano il ricorso alla consulenza specialistica e specifichino i motivi per cui, in casi particolari, l'organizzazione amministrativa interna è ritenuta priva della necessaria competenza professionale[2].

Non sussistendo un esplicito divieto all'utilizzo di forze "esterne", dalle fonti normative si può però ricavare il principio per cui gli enti

1) *Sull'argomento si vedano, tra gli altri:* Italia, *«Incarichi esterni in casi eccezionali», in* Il Sole-24 Ore Centronord, *27 ottobre 2004;* Sposito, *«Il conferimento di incarichi professionali esterni nella Pubblica Amministrazione», in* Ventiquattrore Avvocato, *2005, 5, 100 e la bibliografia ivi citata;* La Torre, *«Diffusa illegalità nella gestione delle risorse pubbliche in tema di consulenze esterne», in* L'Amministrazione italiana, *2004, 3, 421.*

2) *TAR Valle d'Aosta 26 febbraio 1990, n. 13, in* TAR, *1990, I, 1471; TAR Brescia 25 febbraio 1986, n. 59, in* TAR, *1986, I, 1380.*

locali, nell'esercizio dei poteri discrezionali relativi alla loro autonomia organizzativa, trovano un limite nell'obbligo di utilizzare le proprie strutture e il proprio personale. Eventuali deroghe a siffatto principio possono essere consentite solo in presenza delle seguenti condizioni, da ritenersi peraltro tutte simultaneamente richieste (almeno in linea teorica)[3]:

a) complessità e straordinarietà dei problemi da risolvere, tali da richiedere conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze del personale dell'amministrazione concedente;
b) assenza di un'apposita struttura organizzativa della pubblica amministrazione cui possa essere demandata l'attività in considerazione;
c) svolgimento da parte del consulente di un incarico non continuativo, determinato e non particolarmente gravoso sul piano finanziario.

Complessità e straordinarietà dei problemi da risolvere, assenza di apposite strutture organizzative e non continuatività dell'incarico sono i tre requisiti necessari per la legittimità dell'incarico.

Relativamente al primo requisito (complessità e straordinarietà dei problemi da risolvere), è del tutto ovvio che non è illegittima l'azione di un'amministrazione che, pure avendo nel proprio organico personale appartenente al ruolo legale, decida di acquisire pareri da parte di giuristi estranei all'amministrazione su punti di diritto che presentino dubbi o di affidare una particolare controversia ad avvocato esterno di provata competenza specifica, evidentemente assente nell'ambito dell'amministrazione.

Con riguardo al secondo requisito (assenza di un'apposita struttura organizzativa), appare invece indubbiamente illegittimo il conferimento di un incarico di consulenza legale affidato da un ente locale ad un soggetto esterno all'apparato burocratico dell'ente, nel caso in cui la struttura pubblica locale sia dotata di un funzionante ufficio contenzioso. Ciò atteso che, da un lato, le predette funzioni esterne, oltre a doppiare inutilmente quelle legali interne all'ente, possono compromettere la funzionalità stessa dell'ufficio del contenzioso e l'unità d'indirizzo nella questione degli affari, e, dall'altro, l'esborso finanziario che ne deriva è privo di alcuna giustificazione, viola la regola di economicità di gestione che presiede alla spesa pubblica, e ne compromette il buon andamento. Da un punto di vista pratico, in siffatte ipotesi il ricorso allo strumento della consulenza esterna equivarrebbe pertanto ad ammettere una sorta di incapacità operativa dell'ente; conclusione tanto più grave laddove si consideri la presenza della figura del segretario comunale, organo istituzionalmente deputato alla sovrintendenza dell'attività amministrativa con funzioni di consulenza ed assistenza giuridico-amministrativa[4]. E opportunamente la Corte dei conti ha più volte precisato come la realizzazione di una struttura parallela, che non consista in una consulenza del tutto eccezionale e temporanea, abbia addirittura l'effetto di svilire il personale dell'ente che ha l'orgoglio delle proprie funzioni e della propria professionalità.

Venendo infine al terzo dei requisiti (incarico non continuativo, determinato e non partico-

3) *Si vedano, per schematicità e riferimenti, Corte dei conti Abruzzo 6 dicembre 2004, n. 836; id. Calabria 8 aprile 2004, n. 273; id. Emilia-Romagna 3 gennaio 2004, n. 463; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535, in* I Contratti dello Stato e degli enti pubblici, *2003, 4, 665.*
4) *Cfr. artt. 52 legge 142 del 1990, 17 legge 127 del 1997, 97 D.Lgs. n. 267 del 2000.*

larmente gravoso sul piano finanziario), addirittura dannoso può essere il conferimento ad un avvocato esterno da parte di un'amministrazione locale dell'incarico di svolgere consulenza legale stragiudiziale non già su specifiche problematiche richiedenti un particolare apporto professionale bensì, genericamente, sulle materie relative alle attività di competenza dell'ente, magari da rendersi presso gli uffici dell'ente in uno o più giorni prestabiliti della settimana dietro corrispettivo fisso preventivamente e globalmente predeterminato, e con la previsione di separata remunerazione secondo tariffa professionale delle consultazioni necessitanti di studio particolare: sarebbe difficile, in questa ipotesi, rinvenire una effettiva esigenza necessitata dell'ente, che possa peraltro consentire di individuare un vantaggio per l'amministrazione conferente. Anzi, il prendere in considerazione la possibilità che il professionista si trovi a dover rendere pareri scritti su questioni particolari, da compensare separatamente, è elemento che può far sospettare un'assoluta indeterminatezza dell'oggetto dell'incarico. E situazione altrettanto dubbia può crearsi allorché l'ente locale faccia ricorso ad avvocati esterni per una generica supervisione dell'attività dell'ufficio legale interno.

Non è possibile attribuire un incarico di consulenza legale stragiudiziale generico, dietro corrispettivo fisso preventivamente e globalmente determinato e con la previsione di remunerazione separata per questioni particolari.

Conclusioni - Non sussistendo, come si diceva, un esplicito divieto all'utilizzo di forze "esterne", in base ai principi costituzionali la giurisprudenza (amministrativa e contabile) ha ripetutamente affermato che la pubblica amministrazione deve costantemente uniformare i propri comportamenti a criteri di legalità, economicità, efficienza ed imparzialità, dei quali è corollario, per *jus receptum*, il principio per cui essa, per l'assolvimento dei compiti istituzionali, deve prioritariamente avvalersi delle proprie strutture organizzative e del personale che vi è preposto: il che comporta, in linea di principio, la preclusione dell'affidamento ad estranei dell'esecuzione di compiti istituzionalmente attribuiti al personale dipendente.

La stessa costante giurisprudenza ha peraltro ammesso, in presenza di casi particolari e contingenti, la legittimazione della pubblica amministrazione ad affidare il perseguimento di determinate finalità all'opera di estranei, dotati di provata capacità professionale e di specifica conoscenza tecnica della materia di cui vengono chiamati ad occuparsi, ogni qualvolta si verifichino: a) la straordinarietà e l'eccezionalità delle esigenze da soddisfare; b) la mancanza di strutture e di apparati preordinati al loro soddisfacimento, ovvero, pur in presenza di detta organizzazione, la carenza, in relazione all'eccezionalità delle finalità, del personale addetto, sia sotto l'aspetto quantitativo che qualitativo. È cioè altresì vero che la carenza di professionalità specifica all'interno dell'ente e la necessità di operare secondo criteri di efficienza possono indurre l'amministrazione a cercare temporaneamente competenze esterne.

Tali considerazioni, in definitiva, se – da un lato – attestano che nell'ordinamento vigente non sussiste un generale divieto per la pubblica amministrazione di ricorrere alla forma negoziale della *locatio operis* per l'assolvimento di determinati compiti, dall'altro tuttavia confermano che la utilizzazione di detto modulo contrattuale non può concretizzarsi se non nel rispetto delle condizioni e dei limiti sopra specificati.

Obbligo degli amministratori è dunque quello di valutare con particolare rigore ed in modo puntuale la sussistenza delle condizioni che giustificano gli apporti esterni, ben sapendo che non sono compatibili con i predetti principi prestazioni che si concretizzano nello svolgimento di ordinaria attività istituzionale. Il problema è, evidentemente, di natura ben diversa. L'affidamento di incarichi ad avvocati esterni appare talvolta (i.e. troppo spesso) il frutto non di un'accurata valutazione di esigenze necessitate, bensì di una (ben più accurata) valutazione di interessi (esterni all'amministrazione) da soddisfare. Dal punto di vista strettamente giuridico, difficilmente si potrà obiettare a fronte della scelta di un'amministrazione (con o senza ufficio legale al proprio interno) di consultare un professionista forense specializzato in una determinata area o questione; difficilmente si potrà fare altrettanto in tutte le altre ipotesi, laddove appunto i requisiti che sommariamente si sono enunciati sono compresenti solo virtualmente.

La delibera di conferimento dell'incarico deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire l'accertamento della sussistenza dei requisiti previsti e non deve implicare lo svolgimento di attività continuative.

A conclusione di questa breve rassegna, può allora essere opportuno tener presente che:

a) i conferimenti di incarichi di consulenza a soggetti esterni possono essere attribuiti ove i problemi di pertinenza dell'amministrazione richiedano conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze del personale dipendente e conseguentemente implichino conoscenze specifiche che non si possono nella maniera più assoluta riscontrare nell'apparato amministrativo;
b) l'incarico stesso non deve implicare uno svolgimento di attività continuativa, bensì la soluzione di specifiche problematiche già individuate al momento del conferimento dell'incarico del quale debbono costituire l'oggetto espresso;
c) l'incarico si deve caratterizzare per la specificità e la temporaneità, dovendosi altresì dimostrare l'impossibilità di adeguato assolvimento dell'incarico da parte delle strutture dell'ente per mancanza di personale idoneo;
d) l'incarico non deve rappresentare uno strumento per ampliare surrettiziamente compiti istituzionali e ruoli organici dell'ente al di fuori di quanto consentito dalla legge;
e) il compenso connesso all'incarico deve essere proporzionato all'attività svolta e non liquidato in maniera forfetaria;
f) la delibera di conferimento deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire l'accertamento della sussistenza dei requisiti previsti;
g) l'organizzazione dell'amministrazione è comunque caratterizzata per il rispetto dei princìpi di razionalizzazione, senza duplicazione di funzioni e senza sovrapposizione all'attività ed alla gestione amministrativa, per la migliore utilizzazione e flessibilità delle risorse umane nonché per l'economicità, trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, per il prioritario impiego delle risorse umane già esistenti all'interno dell'apparato;
h) l'incarico non deve essere generico o indeterminato al fine di evitare un evidente accrescimento delle competenze e degli organici dell'ente (il che presuppone la previa ricognizione e la certificazione dell'assenza effettiva nei ruoli organici delle specifiche professionalità richieste);
i) i criteri di conferimento non devono essere generici perché la genericità non consente un controllo sulla legittimità dell'esercizio dell'attività amministrativa di attribuzione degli incarichi. ■