

"CONFLITTO D'INTERESSI" E DEONTOLOGIA FORENSE

martedì 08 novembre 2011

Ultimo aggiornamento martedì 08 novembre 2011

di Franco Zambelli*

(*) Presidente Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti. Relazione tenuta a Verona, il 4/11/2011, durante il Seminario organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Verona sul tema "RAPPORTI CON LA PARTE ASSISTITA I conflitto d'interessi – ipotesi ricorrenti nel diritto amministrativo, nell'arbitrato, nelle controversie familiari".

L'espressione "conflitto d'interessi" è mutuata dal diritto privato.

In tale disciplina, con siffatta nozione si descrive la situazione di contrasto, reale o potenziale, che può verificarsi allorché l'ordinamento riconosce al medesimo soggetto il potere di agire nell'interesse di altri (persone fisiche o giuridiche), non limitando la capacità d'agire anche nell'interesse proprio.

Si pensi al mandato, alla tutela, alla curatela, alla mediazione, ma, soprattutto, alla rappresentanza: l'art. 1394 del codice civile conosce una norma espressamente rubricata con il titolo "conflitto d'interessi", la quale testualmente recita:

"Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo";

Conflitto che, nelle ipotesi privatistiche menzionate, conserva una precisa capacità descrittiva di una situazione di netta contrapposizione tra interesse (privato) ed un altro interesse (privato), tale da identificare una fattispecie astratta per cui la tutela di una delle posizioni rechi danno o divenga incompatibile con la salvaguardia dell'altra.

In altri termini, la locuzione vale ad indicare la contitolarità di posizioni giuridiche perseguitanti interessi in contrasto tra loro. Ciò posto, va detto che la prevenzione di tale conflitto è un obiettivo generale dell'ordinamento cui non si può sottrarre nemmeno la professione forense.

In effetti, almeno sul piano teorico, l'effettiva prevenzione del conflitto d'interessi trova anche una motivazione di carattere economico.

Secondo quanto enunciato dall'economista italiano Vilfredo Pareto la situazione ottimale si realizza quando le risorse sono distribuite in modo tale che non sia possibile migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro. Quindi, se ogni concorrente fa solo il proprio interesse personale, si giunge ad una distribuzione inefficiente delle risorse.

Non deve, dunque, stupire che il principio di prevenzione dei conflitti tra interessi contrapposti, stante la sua rilevanza e le sue implicazioni, abbia trovato affermazione anche nei vari Codici Deontologici Forensi degli Stati Europei nonché nel Codice Deontologico degli Avvocati Europei, approvato nel 1988 e successivamente modificato nel 2002.

Codice che, al paragrafo 3.2, così recita:

3.2. Conflitto di interessi.

3.2.1. L'avvocato non deve essere né il consulente, né il rappresentante o il difensore di più di un cliente in uno stesso affare, se vi è un conflitto tra gli interessi di questi clienti o vi sia il rischio serio di un conflitto.

3.2.2. L'avvocato deve astenersi dall'occuparsi degli affari di tutti i clienti interessati quando sorge un conflitto di interessi, quando il segreto professionale rischia di essere violato o quando la sua indipendenza rischia di essere lesa.

3.2.3. L'avvocato non può accettare l'incarico di un nuovo cliente se il segreto sulle informazioni fornite da un vecchio cliente rischia di essere violato o quando la conoscenza da parte dell'avvocato degli affari del vecchio cliente potrebbe avvantaggiare ingiustamente il nuovo.

3.2.4. Qualora gli avvocati esercitino la professione in forma associata, le disposizioni di cui ai paragrafi da 3.2.1. a 3.2.3. sono applicabili all'associazione in quanto tale e ai singoli associati.

Codice che pur avendo un'applicazione piuttosto limitata (rapporti transfrontalieri), ha il pregio di dettare regole uniformi in materia di conflitto d'interessi e di costituire la base per armonizzare le regole interne degli Ordine professionali dei singoli Stati appartenenti all'Unione.

Armonizzazione a cui non si è sottratto neppure l'Ordinamento Forense nazionale.

1. PROFESSIONE FORENSE E CONFLITTO D'INTERESSI: BREVE ANALISI DELLE NORME DEL CODICE DEONTOLOGICO E DEI COMPORTAMENTI TIPIZZATI CHE CONFIGURANO VIOLAZIONE DELLE STESSE
Nell'ambito dell'ordinamento professionale italiano, il "conflitto di interessi" trova la sua più specifica regolamentazione nell'art. 37 del Codice Deontologico Forense.

L'art. 37, enunciando un principio immanente nell'ambito dell'esercizio di qualsiasi attività professionale fondata su rapporti di fiducia e riservatezza, così recita:

"L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale.

1. Sussiste conflitto di interessi anche nel caso in cui l'esplicitamento di un nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altro assistito, ovvero quando la conoscenza degli affari di una parte possa avvantaggiare ingiustamente un altro assistito, ovvero quando lo svolgimento di un precedente mandato limiti

l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento di un nuovo incarico.

Il. L'obbligo di astensione opera altresì se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgano ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali

Da una prima lettura della disposizione, si percepisce come la disciplina del conflitto di interessi sia, in realtà, altro che espressione e specificazione di principi deontologici altrove disciplinati dal corpus normativo.

Ci si riferisce, in particolare, ai più generali doveri di lealtà e correttezza (art. 6), di fedeltà (art. 7) di segretezza e riservatezza (art. 9), nonché al fondamento dei rapporti che devono sussistere con la parte assistita e con controparte improntati sulla fiducia (art. 35) e sul divieto di assumere incarichi contro ex clienti (art. 51).

Altra parte, il canone I proprio dell'art. 51 (secondo cui: "L'avvocato che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari deve astenersi dal prestare, in favore di uno di essi, la propria assistenza in controversie successive tra i medesimi"), prima della delibera del Consiglio nazionale forense del 27.01.2006, era espressa nel canone II dell'art. 37.

La evidenziata compenetrazione di regole e principi che contraddistinguono l'art. 37 si riflette, poi, sulla difficoltà di delimitare la portata della disposizione che alimenta una casistica ricca di sfumature.

Se appare scolastica la violazione dell'art. 37 nell'ipotesi dell'avvocato che assume la difesa di due soggetti portatori di interessi confliggenti, non altrettanto può dirsi qualora il conflitto di interessi rilevi solo potenzialmente, non già concretamente.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale dominante, infatti, suole precisare che, per dare luogo a responsabilità disciplinare, il conflitto di interessi deve essere effettivo. Sicché, diversamente da quanto potrebbe a primo acchito immaginarsi, l'assunzione da parte dello stesso avvocato del patrocinio, in procedimenti connessi, di due soggetti in conflitto di interessi solo potenziale non integra di per sé responsabilità suscettibile di sanzione disciplinare occorrendo, invece, che sia stata accertata ed adeguatamente motivata l'esistenza e la verifica, in concreto, di un conflitto tra le parti (Cass. Sez. Unite, 15 ottobre 2002 n. 14619) ([1]).

Non può, peraltro, omettersi di citare orientamenti contrari a quello delle Sezioni Unite.

In particolare, il Consiglio Nazionale Forense, con la decisione n. 245 del 29 dicembre 2005 ha affrontato una fattispecie nella quale le due parti contrapposte erano assistite da coniugi. Il Consiglio, in tale occasione, ha avuto modo di manifestare l'ambito di applicabilità della norma specificando come la deontologia forense richieda all'avvocato di astenersi dal prestare attività professionale allorché questa determini un conflitto, anche solo potenziale, che possa ingenerare anche solo il sospetto per il cliente di non aver avuta assicurata un'adeguata difesa.

Di più. Secondo il Consiglio Nazionale Forense, l'obbligo di astensione neppure viene meno, ai fini della responsabilità disciplinare, nell'eventualità che l'incarico sia stato affidato all'avvocato d'ufficio e che l'assistito avesse o meno contezza della esistenza della situazione di conflitto.

Orientamento, quest'ultimo, certamente più rigoroso e meno permissivo che merita di essere sottolineato onde evidenziare la complessità, sotto il profilo interpretativo, della norma in commento.

Proseguendo nell'esame dell'art. 37, successivamente alla enunciazione del principio, esso distingue due canoni di comportamento che l'avvocato deve seguire nell'espletamento della sua funzione.

Il canone I opera, in verità, una sorta di tipizzazione legale del conflitto di interessi (che perciò si sottrae alla valutazione della sua sussistenza in concreto) esplicitando che esso sussiste ogniqualvolta il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altro assistito, ovvero quando la conoscenza degli affari di una parte può avvantaggiare ingiustamente un altro assistito ovvero, ancora, quando lo svolgimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento di un nuovo incarico.

Il canone II enuncia, invece, la regola secondo cui l'obbligo di astensione sussiste se le parti aventi interessi in conflitto si rivolgano ad avvocati che siano partecipi della stessa società di avvocati o della medesima associazione professionale ovvero che esercitino negli stessi locali.

Questa previsione è molto importante in quanto l'ipotesi dello svolgimento della professione legale in forma associata (societaria e non) sta diventando una modalità di lavoro sempre più diffusa.

La tutela dell'immagine, del decoro e dignità della professione forense ha fatto sì che il C.N.F. abbia determinato una presunzione assoluta di conflitto di interessi quando il collegamento fra i due Avvocati che tutelino due parti aventi interessi confliggenti sia riconducibile ad un vincolo associativo ed anche solo all'utilizzo dei medesimi locali.

Proprio l'ultima parte del canone II ("...che esercitino negli stessi locali") è, peraltro, il risultato di un intervento additivo del CNF, introdotto con delibera del 27 gennaio 2006.

L'inciso chiarisce che l'obbligo di astensione sussiste a prescindere dai rapporti professionali tra gli avvocati "avversari" (società o associazione), qualora condividano lo stesso studio.

In tal senso si è espresso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Vicenza che, con decisione dell'11.10.2006 ha, così, stabilito:

"Viola i doveri di probità, dignità, decoro e correttezza, nonché quello di non accettare incarichi determinanti conflitto di interessi l'avvocato che assume l'incarico di difendere una persona nel procedimento per il risarcimento dei danni dalla stessa patiti in un incidente stradale nonostante sia il legale fiduciario della controparte società assicuratrice, facendo formalmente sottoscrivere gli atti dal collega di Studio; né in ipotesi, rileva eventuale consenso degli interessati, dal momento che il detto legale viola chiaramente quell'obbligo di trasparenza e correttezza che costituisce regola fondamentale cui deve ispirarsi l'esercizio della attività professionale".

La previsione del II canone risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva e dell'autonomia dell'avvocato ma, altresì, alla loro apparenza. E ciò dal momento che l'apparire indipendenti è tanto importante, nella lettura data dal CNF, quanto esserlo effettivamente,

dovendosi proteggere, tra gli altri, anche la dignità dell'esercizio professionale e l'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di far fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone.

In questa chiave di lettura, per concludere questa generale introduzione sull'argomento in commento, la ricordata decisione n. 245 del 29 dicembre 2005 del Consiglio Nazionale Forense, sebbene più rigorosa ed isolata rispetto alle pronunce della Cassazione, sembra trovare un supporto sistematico e interpretativo (sebbene con conseguenze imprevedibili sotto il profilo pratico, attribuendo alla potenzialità del conflitto di interessi un ruolo decisivo). Tesi che approfondiremo nel prosieguo, esaminando le singole ipotesi di conflitto concernenti l'esercizio dell'attività difensiva dell'avvocato amministrativista.

2. L'AVVOCATO AMMINISTRATIVISTA: UN PROFESSIONISTA "SUI GENERIS";

Senza nulla togliere ad altri rami della professione forense, il tema del conflitto di interessi assume una dimensione particolarmente significativa per la figura dell'Avvocato amministrativista il quale si trova, spesso e volentieri, a dover valutare "a tavolino" se l'assunzione di un certo incarico piuttosto che un altro possa o meno configurare una violazione di quegli obblighi imposti dall'art. 37. E ciò dal momento che l'Avvocato amministrativista opera all'interno di un territorio più o meno circoscritto, confrontandosi, sempre e comunque, con le medesime Amministrazioni comunali, provinciali, regionali, statali ovvero con Enti di vario genere e specie dai quali assume incarichi o avverso i quali promuove giudizi (per conto, in questo caso, di privati).

L'avvocato amministrativista, che nasce nell'alveo della professione civilistica, ma dalla quale si è via via affrancato con il consolidarsi del processo amministrativo, suole dirsi specializzato, infatti, non solo in ragione della specificità delle materie assegnate alla giurisdizione amministrativa ma, altresì, per il suo bagaglio di conoscenze relative al funzionamento della complessa e, sotto molti profili, contorta, macchina amministrativa, preconizzando e traducendo gli effetti che questa produce e/o produrrà sui suoi destinatari.

Egli è, dunque, formato e forgiato dall'esperienza acquisita che non può prescindere dal concreto esercizio di un'attività che coinvolga, da un lato, le Pubbliche Amministrazioni, dall'altro lato, i soggetti privati che subiscono, richiedono o pretendono l'esercizio di un'attività amministrativa.

Tratteggiata, in via generale, la figura dell'avvocato amministrativista che, come si è cercato di illustrare, rappresenta una tipologia di professionista "sui generis", possiamo addentrarci in quello che è l'oggetto del presente intervento.

3. L'ART. 37 DEL CODICE DEONTOLOGICO: UNA NORMA A TUTELA DELLA PARTE ASSISTITA. ANALISI DEL PRINCIPIO GENERALE SUL CONFLITTO D'INTERESSI.

Ci sembra utile osservare che il principio generale enunciato dall'art. 37 del Codice Deontologico, secondo cui: "l'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale", trova collocazione nel Titolo III, espressamente dedicato alla regolamentazione dei "Rapporti con la parte assistita".

La ratio sottesa alla disposizione in esame — lo si è detto — è quella di assicurare che il mandato professionale venga svolto in assoluta libertà ed indipendenza da ogni vincolo, così da "garantire che il rapporto fiduciario che deve sussistere tra il cliente e l'avvocato, con il correlativo vincolo di riservatezza, che concerne le notizie apprese dal cliente, non possa essere in alcun modo incrinato, o posto in dubbio, dai successivi incarichi professionali assunti dal professionista" (come chiarito nel recente parere del CNF n. 48 del 20.4.2011).

E, dunque, la "parte assistita" il soggetto che l'art. 37 intende primariamente tutelare e su cui è il caso di soffermare la nostra attenzione.

Abbiamo visto che il principio di portata generale, appena richiamato, contempla due distinte ipotesi.

La prima prescrive l'obbligo in capo all'avvocato di astenersi dall'accettare un incarico quando la prestazione professionale richiesta risulti incompatibile con la tutela degli interessi di altro cliente. Esemplificando: Tizio si rivolge all'avv. Caio per promuovere un'azione giudiziaria nei confronti di Sempronio. Sempronio è cliente dell'avv. Caio. Ne consegue che costui non potrà patrocinare Tizio, incorrendo, altrimenti, in un illecito disciplinare.

Illecito dalle implicazioni notevoli non soltanto sotto il profilo della deontologia, ma anche dal punto di vista processuale, atteso che l'esistenza di un conflitto d'interessi tra due o più parti rappresentate dal medesimo difensore comporta la nullità della procura conferita, determinando l'inammissibilità della loro costituzione in giudizio. Senza dimenticare, poi, che la violazione delle norme sul conflitto di interessi può originare una responsabilità per danno di tipo professionale.

In tale prospettiva, l'individuazione delle norme applicabili per l'esercizio dell'azione finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno subito dal cliente, non potrà prescindere dagli articoli 1176 c.c. (Diligenza nell'adempimento) e art. 2236 c.c. (Responsabilità del prestatore d'opera).

Sul punto, la giurisprudenza del CNF è copiosa. Citiamo, ex plurimis, la sentenza n. 151 del 06.11.1996, secondo cui: "Pone in essere un comportamento disciplinarmente rilevante l'Avvocato che assista una parte contro un suo attuale cliente".

Si tratta di una regola comportamentale che, ovviamente, prescinde dalla specializzazione del professionista e che, pertanto, trova senz'altro applicazione anche nei confronti dell'avvocato amministrativista il quale, al pari degli altri Colleghi che operano in altri rami del diritto, è tenuto ad esercitare la propria attività con lealtà e correttezza (art. 6 Cod. Deont.).

La seconda ipotesi individua una casistica ampia. Essa fa riferimento al caso in cui l'attività professionale che

viene richiesta all'avvocato interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale. L'elemento da esaminare in questa fattispecie non è tanto l'esistenza dell'interesse configgente di un altro assistito, investendo, invece, direttamente la persona dell'avvocato, non solo nella sua veste di professionista, ma come cittadino portatore e depositario di interessi, diritti e doveri che vanno oltre la sfera strettamente professionale.

4. L'AVVOCATO CONSIGLIERE COMUNALE: IL CONFLITTO D'INTERESSI TRA MANDATO PROFESSIONALE E MANDATO POLITICO

Proprio con riferimento a questa seconda ipotesi, la materia amministrativa offre alcuni spunti. In particolare, si è posta la questione se l'avvocato che ricopra una carica istituzionale o elettiva possa o meno assistere in giudizio un cittadino che intenda promuovere (o resistere in) giudizio nei confronti dell'Ente presso cui il legale svolge il proprio ufficio.

Non è infrequente, infatti, che dalla contemporanea assunzione di un mandato professionale (che deve essere esercitato secondo i principi di indipendenza, lealtà correttezza e fedeltà) e di un mandato politico di tipo rappresentativo, possa insorgere una situazione di conflitto di interessi.

La tematica è stata a più riprese esaminata dal CNF.

Con parere n. 16 del 3.10.2001, si è data risposta ad un quesito avanzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Grosseto, concernente l'eventuale incompatibilità tra il munus di consigliere comunale e l'assunzione del patrocinio in controversie promosse contro l'amministrazione comunale nell'ambito dell'esercizio della professione forense, nei seguenti termini:

«non sembra che possa ravvisarsi una causa di incompatibilità tra quelle tassativamente previste per la professione di avvocato nell'ordinamento professionale vigente. Deve, tuttavia, rilevarsi che il contegno concreto del professionista potrebbe assumere rilievo sul piano disciplinare per violazione dell'art. 37 c.d.f. (conflitto di interessi). Sul piano dell'opportunità è, poi, fuor di dubbio che il corretto esercizio del mandato professionale e il pieno assolvimento degli obblighi connessi all'assunzione di un mandato politico rappresentativo sconsigliano l'assunzione del patrocinio in cause promosse contro l'ente locale nel cui Consiglio siede l'avvocato in questione».

Nel menzionato parere, dunque, il conflitto d'interessi è appena adombrato: il professionista/amministratore pubblico che accettasse la difesa del cittadino contro il proprio Ente, potrebbe incorrere in una situazione di conflitto di interessi, esponendosi, conseguentemente, all'applicazione, da parte degli organi disciplinari del consiglio dell'ordine di appartenenza, delle sanzioni ritenute adeguate e proporzionate alla violazione commessa.

Di tenore ancor più garantista il parere n. 80 del 22.11.2005 con il quale il CNF, rispondendo ad un quesito pressoché analogo al precedente (riguardante la posizione deontologica di un consigliere comunale che aveva assistito un congiunto in una vertenza nella quale la controparte era costituita dal Comune di elezione), ha rilevato:

«L'art. 37 cod. deont. ha riguardo soprattutto al conflitto di interessi tra l'avvocato ed il suo assistito, pur specificando che l'attività difensiva non può concretarsi in un'interferenza con altri incarichi, anche extraprofessionali. La prima ipotesi pare, in linea generale, da escludersi alla luce del fatto che l'avvocato non è titolare, quale consigliere comunale, di un interesse personale alla soccombenza di un cittadino nell'ambito di un procedimento giudiziario in materia urbanistica.

Né, d'altronde, pare che l'attività di rappresentanza in giudizio possa determinare una concreta interferenza con il mandato di consigliere comunale.

Ciò premesso, la Commissione ritiene che non spetti ad essa, in ogni caso, valutare la sussistenza di profili di incompatibilità che esulano dalla deontologia forense, ma che rientrano nella tutela degli interessi di altro ente, quale un Comune, allorché questo dovesse lamentare un pregiudizio cagionato dall'attività di un membro dei propri organi rappresentativi».

Conclusione «pilatesca» che, se rapportata alla casistica rinvenibile nel diritto amministrativo, suscita non poche perplessità.

Si pensi all'avvocato/consigliere comunale il quale, dopo aver votato l'adozione di un nuovo strumento urbanistico, assista in un giudizio avanti il TAR competente un concittadino che intende avversare la nuova destinazione impressa dal PRG ai terreni di sua proprietà.

O ancora l'ipotesi in cui l'avvocato/consigliere patrocinii un partecipante ad una procedura concorsuale bandita dal Comune ove svolge il proprio mandato.

Perplessità che aumentano, considerando che l'eventuale impugnativa potrebbe recare anche una richiesta di condanna della P.A. al risarcimento del danno patito dal proprio assistito.

A fronte di simili posizioni, vale ancora l'affermazione secondo cui l'attività professionale dell'avvocato non determina interferenza con il mandato elettivo? Ci permettiamo di dissentire. Certo, la decisione del CNF, se inquadrata nel contesto generale dell'ordinamento nazionale, ove non mancano illustri esempi di Onorevoli e Ministri che continuano a svolgere attività forense pur con riferimento ad affari sicuramente interferenti con il munus ricoperto, quantomeno non potrà essere tacciata d'incoerenza.

E ciò nonostante il legislatore nazionale, con legge 20 luglio 2004 n. 215 «Norme in materia di conflitto di interessi», abbia tentato di porre un limite a tale rimarchevole comportamento.

Legge, peraltro, di limitato ambito operativo, risultando applicabile ai soli titolari di cariche di Governo (Presidente del Consiglio, Ministri, Vice Ministri, Sottosegretari di Stato e Commissari Straordinari del Governo) ai quali (art. 2) è fatto divieto, tra l'altro, di «esercitare attività professionali o di lavoro autonomo in materie connesse con la carica di governo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici o privati»; con la puntualizzazione

che “in ragione di tali attività il titolare di cariche di governo può percepire unicamente i proventi per le prestazioni svolte prima dell'assunzione della carica; inoltre, non può ricoprire cariche o uffici, o svolgere altre funzioni comunque denominate, né compiere atti di gestione in associazioni o società tra professionisti”.

5. L’ASSISTENZA LEGALE DELLE PP.AA.: IPOTESI DI CONFLITTI D’INTERESSE DEGLI AVVOCATI AMMINISTRATIVISTI DEL LIBERO FORO.

Chiusa la parentesi e riprendendo le fila del discorso, va fatta una puntualizzazione.

Dicevamo che la ratio dell’art. 37 del Codice Deontologico è quella di tutelare la “parte assistita”, preservando l’autonomia, l’imparzialità e l’indipendenza dell’avvocato il quale deve anteporre l’interesse del proprio assistito avanti ogni altro e che egli è tenuto a perseguire incondizionatamente ovvero in assenza di condizionamenti ed “interferenze” di sorta.

Condizionamenti che, sotto forma di interessi configgenti con quello dell’assistito, sarebbero incompatibili con l’assolvimento dell’incarico fiduciario assegnatogli in ossequio ai doveri di lealtà, correttezza e fedeltà stabiliti dal Codice Deontologico.

Un tanto ribadito, va osservato che nel diritto amministrativo, ove vengono usualmente in rilievo posizioni d’interesse legittimo cui è correlato l’esercizio di poteri autoritativi, il ruolo di “parte assistita” può essere, alternativamente, interpretato da un privato cittadino ovvero dalla P.A.

Questo dato fondamentale, denso di implicazioni (anche sotto il profilo deontologico) e che si pone quale elemento caratterizzante la professione dell’avvocato amministrativa, ci induce, per ragioni di praticità, ad operare una distinzione di massima, utile ad orientare il prosieguo della trattazione.

Si possono individuare, da una parte, la categoria degli avvocati amministrativisti del libero foro, a cui si rivolgono indifferentemente tanto i privati, quanto le Pubbliche Amministrazioni (ai quali queste ultime sono solite affidare - in verità con sempre maggior riluttanza - le cause più articolate e complesse, che richiedono un’elevata specializzazione, non sempre rinvenibile nell’ambito delle strutture di riferimento interne); dall’altra, la categoria degli avvocati-dipendenti, inquadrati negli uffici legali degli Enti pubblici.

Distinzione, peraltro, suggerita dalla stessa legge sull’ordinamento professionale (art. 3) e che ci consente di esaminare con maggiore puntualità le diverse ipotesi di conflitto d’interessi rinvenibili nel diritto amministrativo.

Partiamo, dunque, dalla disamina delle fattispecie concrete che, nella quotidianità della professione, possono porre l’avvocato amministrativista del libero foro di fronte al dilemma di incorrere in un conflitto d’interessi.

Ora, in disparte l’ipotesi tipica del professionista che difenda nello stesso giudizio o nel medesimo “affare” il privato ricorrente e l’Amministrazione resistente, ponendo, così, in essere un comportamento disciplinarmente rilevante, nell’ambito del diritto amministrativo possono porsi una pluralità di ipotesi di ben più ardua risoluzione.

Così, se appare “configurabile una situazione di conflitto d'interessi deontologicamente rilevante nel caso in cui l'avvocato accetti da un Ente locale il mandato di agire nei confronti di un Consorzio dal medesimo professionista assistito fino a poco tempo prima, sostenendo, in favore del primo e contro il secondo, la stessa tesi giuridica in precedenza per quest'ultimo sostenuta, con ciò violando sia l'art. 37 c.d.f., laddove risultino sfruttate dall'incolpato ad esclusivo vantaggio del Comune le conoscenze e le informazioni acquisite nel corso dell'attività di consulenza svolta per il Consorzio, sia l'art. 51 del medesimo codice, in virtù del tempo eccessivamente breve (quaranta giorni) intercorso fra la rinuncia ai mandati precedenti e l'assunzione del nuovo incarico nei confronti dell'ex cliente, tale da non configurare il ragionevole periodo di tempo richiesto dalla norma nella sua precedente formulazione” (così il CNF nella sentenza n. 135 del 27.11.2009), meno certa è la sussistenza di un conflitto di interessi in altre fattispecie.

Pensiamo all’ipotesi in cui l’avvocato amministrativista che abbia reso ad un’Amministrazione locale un parere giuridico in materia urbanistica, venga richiesto di patrocinare un privato avanti il TAR, al fine di proporre impugnativa avverso gli atti di una gara per l’affidamento di un appalto, bandita dallo stesso Comune per il quale egli aveva prestato attività di consulenza.

Immaginiamo, ancora, l’ipotesi del Collega che assuma le difese di un cittadino in un giudizio elettorale avverso la medesima Autorità che aveva, precedentemente, assistito in una controversia afferente un provvedimento in materia di igiene pubblica.

Oppure, al caso dell’avvocato che difenda un cittadino in una causa espropriativa nei confronti di un’Amministrazione che aveva già patrocinato in una controversia relativa ad un rapporto di lavoro in regime di diritto pubblico.

Allo stesso modo, è passibile di sanzioni disciplinari il professionista che assuma, contestualmente, nell’ambito di un giudizio amministrativo, le difese dell’Amministrazione resistente e del soggetto controinteressato?

In tutte queste ipotesi, siamo di fronte a dei “conflitti d’interesse” apparenti o reali?

Ovviamente la risoluzione del quesito implica, preliminarmente, l’individuazione di un criterio discrezionale oggettivo che consenta di differenziare il contegno lecito dal comportamento disciplinarmente rilevante. Un criterio che consenta di rispondere in modo certo all’interrogativo fondamentale che ogni professionista deve porsi allorché si presentino fattispecie dubbie, non riconducibili ai comportamenti tipizzati nei canoni I e II dell’art. 37 e cioè:

quand’è che sorge l’obbligo dell’avvocato amministrativista di astenersi dal prestare attività professionale?

Rispetto a tale problematica ed all’esigenza dell’avvocato di evitare di incorrere in violazioni deontologiche, ci sembra che il criterio più efficace e valido da seguire sia quello enunciato nella sentenza n. 163 del 27.12.2005 dal CNF, sulla falsa riga di quanto previsto dall’art. 3.2 del Codice Deontologico degli Avvocati Europei, secondo cui:

«L' avvocato non deve essere né il consulente, né il rappresentante o il difensore di più di un cliente in uno stesso affare, se vi è il rischio di un conflitto tra gli interessi dei suoi clienti»;

«in relazione al singolo «affare», inteso come incarico avente ad oggetto una ben individuata tematica e materia, che va, pertanto, rapportata la sussistenza di eventuali conflitti d'interesse, preclusivi dell'assunzione del nuovo mandato.

Soluzione che appare coerente con il sistema delineato nel Codice Deontologico, posto che l'art. 51, al quale, come abbiamo detto, l'art. 37 va correlato, consente l'assunzione di incarichi contro ex-clienti se ed in quanto l'oggetto del nuovo incarico sia estraneo a quello espletato in precedenza; e previo decorso di almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale.

Estraneità che deve essere assoluta, dovendo il professionista scongiurare il rischio stesso che il conflitto possa insorgere, pregiudicando la parte assistita (c.d. principio di precauzione).

Sulla scorta dell'enucleato criterio interpretativo, si può senz'altro affermare che né la prima, né la seconda, né la terza delle ipotesi sopra formulate integri gli estremi di una violazione deontologica.

Ciò, beninteso, a patto che il rapporto professionale con il primo cliente sia cessato da almeno due anni, venendo in rilievo, altrimenti, la violazione della norma deontologica di cui all'art. 51, sopra esaminato.

Ed invero, nel primo caso (l'avvocato che censura per conto di un privato una procedura d'appalto indetta dallo stesso Comune per il quale aveva prestato attività di consulenza in materia urbanistica), l'oggetto del nuovo incarico (impugnativa di atti relativi alla gara) non è omogeneo rispetto all'argomento trattato in sede di consulenza.

Lo stesso dicasi della seconda e della terza ipotesi, ove vengono in rilievo materie tra loro non correlabili.

Discorso diverso dovrebbe farsi laddove, nella prima delle ipotesi esaminate, l'avvocato agisse in giudizio nell'interesse di un cittadino avverso il diniego di permesso di costruire motivato dalla P.A. sulla scorta del parere reso, in precedenza, dallo stesso avvocato.

In questo caso, infatti, l'oggetto del nuovo incarico non potrebbe dirsi del tutto estraneo a quello assolto in precedenza, di talché il professionista dovrebbe — in base al principio di «precauzione», che, come detto, impone all'avvocato di scongiurare il rischio stesso dell'insorgenza del conflitto — astenersi dal prestare la propria attività professionale.

Analogamente, dovrebbe ritenersi preclusa l'accettazione dell'incarico avente ad oggetto l'impugnazione di un decreto espropriativo allorché l'avvocato designato dal privato inciso dal provvedimento ablativo abbia precedentemente difeso l'Autorità espropriante in altro giudizio, concernente la realizzazione della medesima opera pubblica. E ciò anche se i soggetti coinvolti non dovessero coincidere e, riteniamo, anche se la controversia dovesse appartenere alla cognizione di due giurisdizioni diverse.

In relazione a quest'ultima ipotesi, si dovrebbe ravvisare un conflitto d'interessi allorché il professionista agisca avanti la Corte d'Appello territoriale promuovendo un'opposizione alla stima avverso la stessa Amministrazione per la quale aveva reso parere legale concernente la medesima procedura espropriativa.

Venendo, infine, all'ultima ipotesi sopra elaborata e, dunque, al quesito se sia o meno suscettibile di sanzioni disciplinari il professionista che assuma, contestualmente, nell'ambito di un giudizio amministrativo, le difese dell'Amministrazione resistente e del soggetto controinteressato, l'applicazione del criterio di «precauzione» di cui abbiamo parlato induce ad affermare la contrarietà di siffatto contegno al disposto di cui all'art. 37 del Codice Deontologico.

Sennonché, la posizione assunta sul tema — che è quello del conferimento di un mandato collettivo e delle implicazioni che da questo possono sorgere sotto il profilo deontologico — da parte della giurisprudenza ci induce ad essere più cauti e possibilisti.

Occorre, pertanto, verificare, in simili ipotesi, se l'interesse della P.A. e quello del controinteressato siano o meno coincidenti e sovrapponibili: è del tutto evidente, infatti, che solo assoluta aderenza delle relative posizioni processuali può giustificare l'assunzione, nell'ambito di un unico giudizio, di un duplice mandato, ponendosi, in difetto, un insanabile conflitto d'interessi tra parti.

Circostanza che indubbiamente si verifica allorché il controinteressato spieghi ricorso incidentale avverso un provvedimento della P.A. resistente: in questo caso, la difesa dell'una risulterebbe incompatibile con la difesa dell'altro.

Sulla specifica questione, la III^a Sez. della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 8842 del 10.5.2004, ha, così, statuito:

«La costituzione in giudizio di più parti, per mezzo di uno stesso procuratore cui sia stato conferito il mandato con unico atto da tutte sottoscritto, è valida solo quando fra le medesime parti non vi sia conflitto di interessi — che può essere non solo attuale, ma anche virtuale, nel senso non della sua mera eventualità, bensì del suo connaturale collegamento al particolare rapporto esistente fra le parti, i cui interessi risultino, in astratto suscettibili di contrapposizione — e non è di per sé preclusa dal disposto dell'art. 103 c.p.c. sul "simultaneus processus". Riguardo a una siffatta attività difensiva congiunta, costituisce limite intrinseco al conferimento della procura, da parte di più soggetti a favore del medesimo avvocato, l'impossibilità per quest'ultimo di svolgere allegazioni, richieste e deduzioni nei reciproci rapporti fra detti soggetti, a favore di taluno e contro altri: la violazione di tale limite intrinseco è rilevabile d'ufficio dal giudice, atteso che essa investe il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, valori costituzionalmente tutelati, e nei giudizi di impugnazione comporta l'invalidità degli atti ad essa relativi» (Nella specie la S.C. ha conseguentemente ritenuto che le censure di due dei tre soggetti, difesi dal medesimo difensore, dirette, in sede di legittimità, contro il terzo soggetto, non potessero essere prese in considerazione; in senso conforme, vedasi Cass. 28 gennaio 1997 n. 835, secondo cui la potenzialità del conflitto di interessi va ricostruita non come mera eventualità, bensì in stretta correlazione con il concreto

rapporto esistente fra le parti i cui interessi risultino suscettibili di contrapposizione).

Una fattispecie ancor più articolata e complessa, se vogliamo, è stata esaminata nel novembre del 2009 dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, al quale era stato chiesto:

«se un avvocato, legale storico di una società operante nel settore degli appalti e che si è trovato ad assistere e/o difendere alcune associazioni temporanee d'impresе (ATI), a cui ha partecipato e tuttora partecipa una seconda società, per la quale l'avvocato non ha mai prestato la propria attività quale cliente individuale, ma che ha assistito ed assiste quale cliente in relazione alla sua partecipazione ad associazioni temporanee di imprese, in ordine ad una successiva e distinta gara d'appalto che veda su posizioni contrapposte le due società suindicate e che determini il sorgere di un contenzioso tra le medesime perché l'appalto in un primo tempo era stato aggiudicato provvisoriamente alla prima società e, poi, invece, a seguito dell'annullamento di tale aggiudicazione provvisoria, è stato aggiudicato alla seconda, possa tutelare la prima società (storica cliente) nel ricorso che questa intende instaurare dinanzi al TAR contro la stazione appaltante, con il necessario coinvolgimento come controparte anche della seconda società, in quanto aggiudicataria controinteressata»;

A tale quesito l'Ordine territoriale ha dato risposta con parere n. 12 del 25.11.2009, precisando:

«il fatto che, mantenendo ciascuna impresa associata la propria individualità, l'impresa capogruppo agisca quale mandataria di tutte le imprese associate, determina che quando detta impresa capogruppo conferisca il mandato per assistere l'associazione stessa ad un avvocato, quest'ultimo assuma la qualifica di difensore, quanto meno sotto un profilo formale, di tutte le imprese associate, il che può comportare l'applicazione di sanzioni deontologiche, con particolare riferimento al divieto di assumere incarichi contro ex-clienti (e a maggior ragione contro clienti), se non è decorso almeno un biennio dalla cessazione della relativa attività di assistenza professionale. Tuttavia, si può e si deve distinguere tra ipotesi in cui l'assunzione dell'incarico di difensore di un'associazione temporanea e/o di un raggruppamento di imprese si concretizzi nella tutela personalizzata delle ragioni e dei diritti anche di una o più delle imprese partecipanti, nel senso di interessarsi in modo specifico delle singole realtà imprenditoriali e ipotesi in cui, invece, l'assistenza professionale riguardi il gruppo di imprese, che non vengono individualmente prese in considerazione dal difensore stesso.

In tale seconda ipotesi, si può ritenere che le singole imprese associate siano da considerare clienti del difensore solo in senso formale e non in senso sostanziale, ragione per cui non sembra sussistere l'esigenza del rispetto del termine biennale per assumere un incarico contro un'impresa che abbia fatto parte dell'ATI, fermo restando il divieto di assumere quest'ultimo incarico quando è ancora operante l'incarico di difensore dell'ATI e questo sia per una tutela, sotto il profilo anche dell'immagine, del decoro della professione, sia perché non è dato sapere se gli sviluppi dell'attività difensiva dell'associazione non rendano necessario l'esame delle singole posizioni delle imprese associate».

Conclusione che corrobora, una volta di più, la valenza del principio di precauzione in materia deontologica.

6. ASSISTENZA LEGALE DELLE PP.AA.: IPOTESI DI CONFLITTI D'INTERESSE DEGLI AVVOCATI-DIPENDENTI PUBBLICI.

Analizzato il conflitto d'interessi con specifico riferimento alla posizione degli avvocati amministrativisti del libero foro, veniamo, ora, ad esaminare la posizione degli avvocati-dipendenti pubblici.

Posizione peculiare, in relazione alla quale occorre, anzitutto, domandarsi se sia astrattamente configurabile l'insorgenza di un conflitto ai sensi dell'art. 37 del Codice Deontologico.

Domanda alla quale ritengo che debba rispondere, o, meglio, dovrebbe, visto quanto si dirà - risponderci in maniera negativa. E lo stesso statuto dell'avvocato-dipendente pubblico descritto dall'art. 3 del RDL 27 novembre 1933, n. 1578, a ben vedere, ad escludere ab imis l'eventualità che questi possa assumere incarichi professionali estranei al rapporto d'impiego con l'Ente pubblico di riferimento.

A tal proposito, va evidenziato che la legge professionale pone l'accento sulla esclusività della prestazione professionale, autonoma ed incompatibile con altre attività e, segnatamente, con quelle commerciali ovvero assoggettate a rapporti di pubblico impiego. Con eccezione rappresentata, per appunto, dagli avvocati-dipendenti delle PP.AA. iscritti all'albo speciale i quali, peraltro, devono essere istituiti in un ufficio legale, qualunque sia la sua denominazione e le sue modalità di attuazione, con l'onere di prestare la propria opera nelle cause e negli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera.

In altri termini, tali professionisti conservano la loro qualifica di avvocati in tanto ed in quanto esercitano, nell'ambito dell'ufficio legale di riferimento, attività dedicata in via esclusiva all'Ente di appartenenza. In tal modo, il legislatore ha voluto sottolineare l'autonomia, l'indipendenza e la qualità professionale dell'avvocato iscritto nell'elenco speciale che, peraltro, essendo un dipendente dell'Ente non può che svolgere la propria attività a beneficio del datore di lavoro che lo ha assunto ed inserito nella propria struttura organica, diversamente configurandosi ipotesi di incompatibilità descritta al comma 2, dell'art. 3, RDL n. 1578/1933.

Un simile assetto, dunque, impedisce ab imis l'insorgenza di un conflitto d'interessi.

Peraltro, significativo che i nuovi Regolamenti per l'affidamento degli incarichi ad avvocati esterni per la difesa in giudizio delle PP.AA., che gli Enti pubblici stanno, negli ultimi tempi, adottando al fine di disciplinare le modalità di selezione degli avvocati del libero foro (e ciò per conformarsi al discutibile indirizzo di matrice comunitaria che assimila la professione forense ad un servizio pubblico assoggettabile a procedure di affidamento mediante gara ad evidenza pubblica analoghe alla materia degli appalti, con buona pace del rapporto fiduciario che sta alla base del conferimento del mandato legale), contengano quasi sempre un riferimento espresso all'art. 37 del Codice Deontologico, richiedendo che il professionista interessato all'affidamento dell'incarico dichiari l'assenza di

impedimenti scaturenti da conflitto d'interessi con l'Ente (vedasi Regolamento incarichi esterni ASL Vibo Valentia)

Negli ultimi tempi, peraltro, si sta assistendo ad un fenomeno nuovo, che merita di essere attentamente monitorato. Nella Regione Veneto, alcune Amministrazioni Provinciali, già dotate di propri uffici legali interni, hanno prospettato la costituzione, per tramite di apposita convenzione ex art. 2, comma 12 della legge finanziaria n. 244/2007, di uffici unici di livello provinciale, in grado di prestare assistenza legale – sia di carattere giudiziale (rappresentanza e difesa in giudizio) che stragiudiziale (analisi e risoluzione di questioni giuridiche particolarmente complesse) - a tutti gli Enti locali ricompresi nel territorio di competenza, privi di strutture legali specializzate (avvocature civiche).

E ciò nell'intento dichiarato di ridurre in maniera consistente i costi legati alla tutela giudiziale delle PP.AA. che gravano sempre di più sui bilanci, in particolare, dei piccoli Enti.

Orbene, la preconizzata istituzione di simili uffici legali unici pone una serie di problematiche di carattere deontologico meritevoli di approfondimento.

In primis, è lecito interrogarsi se l'istituzione di uffici unici di avvocatura per lo svolgimento dell'attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli Enti convenzionati, in difetto di una radicale modifica della struttura o delle strutture legali originarie, confligga o meno con il principio di esclusività dell'opera prestata a beneficio dell'Ente di appartenenza, sancito dall'art. 3 della legge professionale.

Tradotto in pratica: può l'avvocato-dipendente della Provincia svolgere la propria attività professionale a beneficio di un Ente che non sia quello presso il quale risulta incardinato, senza per ciò incorrere nella incompatibilità prevista dall'art. 3 del RDL n. 1578/1933?

Se si optasse per la soluzione affermativa, bisognerebbe ammettere che l'art. 2, comma 12 della citata finanziaria 2007 abbia operato un'abrogazione tacita del disposto dell'art. 3 della legge professionale la quale, tuttavia, stante la sua specialità, sembra sotto questo profilo inattuabile.

Dubbi sorgono, inoltre, anche con riferimento all'art. 37 del Codice Deontologico, venendo in rilievo potenziali situazioni di conflittualità di non poco momento.

Si pensi al caso sopra illustrato: come dovrà comportarsi l'avvocato-dipendente della Provincia, inquadrato nell'ufficio legale unico, richiesto di esprimere un parere per un Comune su problematica che vede contrapposti i due Enti?

Potrà rendere il parere richiesto o, piuttosto, come sembra, dovrà astenersi, sollevando il conflitto d'interessi? Appare evidente che, nell'ipotesi descritta, sia la Provincia, sia il Comune risultino, in qualche modo, vincolati dal suddetto parere, determinando situazioni di obiettiva conflittualità che riverberano i loro effetti anche sulla futura difesa in giudizio degli Enti, eventualmente affidata a professionisti estranei all'ufficio unico, con vanificazione dell'obiettivo di contenimento delle spese che sta alla base della loro prospettata costituzione.

7. GLI UFFICI LEGALI UNICI: UN NUOVO FRONTE DI CONFLITTUALITÀ?

Un problema del tutto analogo a quello qui esaminato è stato riscontrato con riferimento all'attività di consulenza e difesa in giudizio prestata dai legali inquadrati nelle Avvocature regionali a vantaggio degli Enti strumentali della Regione ovvero delle società in-house.

Con interrogazione a risposta scritta presentata in data 14.5.2009, è stata rappresentata al Ministro per i rapporti con le Regioni, la situazione nella Regione Campania.

Quest'ultima con legge regionale n. 1/2009, ha stabilito di affidare all'avvocatura regionale "nei casi in cui non ricorrono motivi di conflitto con gli interessi della Regione", lo svolgimento dell'attività di consulenza attraverso l'espressione di pareri legali ed, altresì, il patrocinio in giudizio gli enti strumentali della Regione e delle società il cui capitale sociale è interamente sottoscritto dalla Regione. Il tutto previa stipula di apposita convenzione regolatrice delle modalità attraverso cui può essere richiesta l'attività dell'avvocatura regionale.

Sulla base di tale norma, la Regione Campania ha sottoscritto con le ASL di riferimento una serie di convenzioni che postulano l'attribuzione di un duplice mandato individuale agli avvocati della Regione che dovranno patrocinare gli enti terzi: un mandato rilasciato dal Presidente della Regione, per la difesa degli atti regionali impugnati unitamente a quelli delle ASL, ed un mandato a firma del legale rappresentante dell'ente terzo per la difesa degli atti di tali enti.

Il controllo del conflitto di interesse è stato affidato alla stessa Avvocatura Regionale.

A fronte di tale quadro normativo, gli Avvocati funzionari dell'Avvocatura Campana hanno rappresentato ai vertici interni le perplessità in ordine alle conseguenze disciplinari sotto il profilo dell'iscrizione all'albo speciale e della violazione dell'art. 37 Codice Deontologico, che incombono su di essi in caso vengano costretti ad accettare tali incarichi difensivi.

Sono stati, in particolare, evidenziati i medesimi problemi di ius postulandi già illustrati, sulla base della considerazione che il potere di rappresentare e difendere in giudizio di un legale inserito in un ufficio legale istituito presso un Ente ed iscritto nell'albo speciale, è limitato alle cause ed agli affari propri dell'Ente (TAR Abruzzo Pescara, 28.7.2005 n. 466; Cass. civ., sez. un., 16.7.2008 n. 19497).

Problemi amplificati dal rilievo secondo cui la possibilità che Enti diversi possano avvalersi dello stesso avvocato resta esclusa dal principio applicabile all'attività degli avvocati-dipendenti di Enti pubblici, in base al quale il rilascio della procura ha effetto esclusivamente per la durata del sottostante rapporto di pubblico impiego e viene meno col cessare di questo, senza alcuna ultrattività.

Da qui la constatazione che il meccanismo legale-amministrativo-negoziato prefigurato dalla normativa campana sia suscettibile di censura di illegittimità costituzionale, per violazione delle norme di cui all'articolo 117, comma 2, lettera g) ed I), e comma 3 (professioni), Costituzione e degli articoli 3 e 37 del RDL n. 1578/1933, recanti il principio di esclusività

della prestazione in favore dell'Ente di cui si è dipendenti. Principio cui è correlato, come detto, il disposto dell'art. 37 del Codice Deontologico.

Conclusione suffragata dall'analisi di quanto avvenuto in analoga vicenda che aveva visto come protagonista la Regione Lombardia.

Questa aveva, infatti, emanato una disposizione legislativa di contenuto identico a quella del legislatore campano, avverso la quale il TAR della Lombardia, con ordinanza del 7 febbraio 2008, ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 117, commi secondo e terzo, e 24, commi primo e secondo, della Costituzione, stigmatizzando la normativa regionale nella parte in cui essa disponeva che gli enti pubblici indicati dalla Giunta regionale dovessero, di norma, avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura regionale per la difesa di atti o attività connessi ad atti di indirizzo e di programmazione regionale; che i rapporti tra i soggetti individuati e l'amministrazione regionale fossero regolati da apposite convenzioni e, infine, che la rappresentanza rimanesse esclusa nei casi di conflitto di interessi e per atti e attività inerenti all'organizzazione degli enti.

Secondo il TAR, la norma regionale censurata, incidendo sulla materia delle professioni, si poneva in contrasto con l'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, che in tale materia di competenza concorrente riserva allo Stato la determinazione dei principi fondamentali.

In particolare, essa contraddiceva il regime delle incompatibilità sancito dal più volte citato art. 3 del RDL n. 1578/1933 e l'art. 37 sul conflitto d'interesse.

La vicenda - come noto - si è conclusa innanzi alla Corte Costituzionale (v. ord. n. 43 del 13 febbraio 2009) a seguito dell'opposizione della legge regionale n. 33 del 28 dicembre 2008, che ha abrogato la suddetta norma sospettata di costituzionalità, determinando la rimessione degli atti al TAR al fine di rivalutare la rilevanza della questione di costituzionalità alla luce della modifica normativa sopravvenuta.

La situazione è ancora fluida e, allo stato, non è dato preconizzare se i tentativi di dar vita a questi uffici legali unici troveranno nella nostra Regione miglior sorte.

E', però, significativo che nel corso del giudizio di legittimità costituzionale azionato dal TAR Lombardia il CNF abbia assunto una posizione di piena condivisione della tesi del Giudice remittente, sostenendo il contrasto del meccanismo legale-amministrativo-negoziato prefigurato dalla normativa lombarda rispetto ai principi contenuti negli artt. 3 della legge professionale e 37 del Codice Deontologico.

8. CONCLUSIONI

Al termine di questo excursus possiamo trarre alcune brevissime conclusioni.

Si è visto che affinché possa dirsi rispettato il principio deontologico esplicitato dall'art. 37 non solo deve essere chiara la terzietà dell'avvocato, ma è, altresì, necessario che in alcun modo possano esservi situazioni o atteggiamenti tali da far intendere il contrario.

La suddetta norma, invero, tutela la condizione astratta di imparzialità e di indipendenza dell'avvocato, per il significato anche sociale che essa incorpora e trasmette alla collettività, alla luce dell'id quod plerumque accidit, sulla scorta di un giudizio convenzionale parametrato sul comportamento dell'uomo medio, avuto riguardo a tutte le circostanze e peculiarità del caso concreto, tra cui la natura del precedente e successivo incarico (così il CNF, parere n. 48 del 20.4.2011).

Con specifico riferimento alla figura dell'avvocato amministrativista, l'attenzione va posta proprio sulla natura del singolo "affare" trattato, avendo cura di evitare, sulla scorta del criterio di "precauzione" sopra esplicitato e che impone all'avvocato di scongiurare il rischio stesso dell'insorgenza del conflitto, che l'oggetto del nuovo incarico non sia in alcun modo correlabile a quello espletato in precedenza. Il tutto sulla scorta del criterio interpretativo, enunciato dal CNF nel menzionato parere n. 163/2005, secondo cui:

"L'avvocato non deve essere né il consulente, né il rappresentante o il difensore di più di un cliente in uno stesso affare, se vi è il rischio di un conflitto tra gli interessi dei suoi clienti".

[1] "La regola del codice deontologico professionale che vieta all'avvocato di assumere il patrocinio di soggetti portatori di interessi contrastanti si applica tutte le volte in cui sia stata accertata (ed adeguatamente motivata) l'esistenza e la verifica, in concreto, di un conflitto tra le parti, che deve, pertanto, risultare effettivo e non soltanto potenziale. (Affermato il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno, nella specie, ritenuto legittimamente configurabile il conflitto "de quo" - confermando, conseguentemente, la sanzione disciplinare irrogata dal Consiglio dell'ordine forense - con riferimento ad una vicenda societaria - iniziata con una trattativa per la cessione delle quote di una s.r.l. da un socio all'altro, di talché quest'ultimo era destinato a divenire socio unico dell'ente - nella quale un avvocato aveva assistito il socio alienante nella trattativa pur essendosi sempre continuamente occupato anche dell'assistenza della società: la Corte ha ritenuto tale, preesistente e tuttora perdurante attività professionale atta a generare un conflitto effettivo di interessi tra il socio alienante e la società stessa, la cui coincidenza di interessi con quelli del socio acquirente era evidente, per essere quest'ultimo destinato a divenirne socio per effetto dell'alienazione delle quote) (Cass. Sez. Unite, 15 ottobre 2002 n. 14619).

