

Presidente della Repubblica, conflitto di attribuzioni
e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato: spunti e problemi

di Antonio De Vita*

La contrapposizione tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia, in relazione alla titolarità del potere di grazia, ha dato origine ad un conflitto di attribuzione tra questi due poteri dello Stato.

Il ricorso introduttivo del conflitto è stato predisposto dall'Avvocatura Generale dello Stato su incarico e per conto del Presidente della Repubblica[1].

Prescindendo dai profili di diritto costituzionale sostanziale, può essere opportuno svolgere alcune riflessioni sulle possibili conseguenze processuali della scelta, da parte del Presidente della Repubblica, di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Come è noto l'Avvocatura erariale ha il compito istituzionale di difendere in giudizio le amministrazioni dello Stato[2].

Il patrocinio può essere di tipo obbligatorio, facoltativo e sistematico[3]. Nel primo caso, non vi è possibilità alcuna, tranne casi eccezionali, di rivolgersi ad un avvocato del libero foro o di costituire un'avvocatura propria e interna al servizio o all'amministrazione interessata[4]. Il patrocinio obbligatorio riguarda tutte le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo[5].

Il patrocinio si definisce facoltativo[6] allorché, non sussistendo alcun dovere di essere difesi da parte dell'Avvocatura dello Stato, si può scegliere se farsi difendere da quest'ultima, ricorrere al patrocinio esterno o istituire al proprio interno un ufficio legale: è il caso delle Regioni a Statuto ordinario che possono, con delibera del Consiglio regionale (in tal caso il patrocinio diventa sistematico), stabilire di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato[7].

Venendo alla procedura del conflitto di attribuzioni sollevata dalla Presidenza della Repubblica, è necessario stabilire, dopo aver chiarito se l'Avvocatura può intervenire in giudizio in difesa di due parti contrapposte, se il patrocinio obbligatorio si estenda anche gli organi costituzionali o per gli stessi sia più corretto supporre l'esistenza di un patrocinio facoltativo.

Quanto alla questione della contemporanea difesa di due interessi contrapposti, sembra da preferire la tesi negativa, ossia l'Avvocatura *non può* difendere contemporaneamente le due parti in causa, quando le stesse abbiano interessi discordanti. Pur non esistendo una norma di portata generale, vi sono alcune esplicite previsioni che debbono ritenersi espressione di un principio di carattere generale: in particolare l'art. 10 della legge 3 aprile 1979, n. 103 stabilisce che l'Avvocatura non può difendere le Regioni nei casi di conflitto con lo Stato e il successivo art. 11[8]

ribadisce il medesimo concetto anche nel caso di patrocinio c.d. sistematico. Sembra aderire a questo orientamento anche la giurisprudenza di legittimità allorché afferma il principio della fungibilità tra gli Avvocati dello Stato nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza processuale[9]: la fungibilità degli avvocati e la loro organizzazione di tipo gerarchico[10] non dovrebbero consentire di sostenere contemporaneamente la difesa di interessi contrapposti, per di più nello stesso processo.

Stabilito - almeno così sembra - che non è possibile avvalersi simultaneamente dell'Avvocatura dello Stato come difensore da parte dei due antagonisti, e dato per scontato che il Ministero della Giustizia debba essere difeso dall'Avvocatura, in quanto trattasi di organo del potere esecutivo che per definizione rientra nel concetto di Amministrazione dello Stato[11], si deve stabilire se la Presidenza della Repubblica e gli organi costituzionali in genere siano sottoposti al patrocinio obbligatorio.

Per risolvere la questione bisogna prendere le mosse proprio dall'art. 1 del T.U. sull'Avvocatura dello Stato che si riferisce alle Amministrazioni dello Stato. Secondo una nozione ristretta, tale definizione dovrebbe ricomprendere solo l'apparato amministrativo propriamente inteso, e cioè quello che dipende gerarchicamente e funzionalmente dal Governo, in quanto vertice del potere esecutivo[12]. Lo stesso T.U. dà vari indizi che indirizzano in tale direzione: l'art. 5 nomina espressamente il Consiglio dei Ministri, il Capo del Governo e i Ministri interessati; l'art. 11 richiede che la citazione in giudizio avvenga in persona del Ministro competente; l'art. 15 stabilisce che l'Avvocato generale riferisca periodicamente al Presidente del Consiglio[13]; l'art. 30 dispone che la nomina dell'Avvocato generale è decisa dal Consiglio dei Ministri.

Oltre al dato letterale, si deve far riferimento alle esigenze di indipendenza dal potere esecutivo dei vari organi costituzionali, visto il rilevante controllo sull'Avvocatura esercitato dal Governo[14]. Gli organi costituzionali nella loro autonomia dovrebbero essere liberi di scegliersi i propri difensori anche ricorrendo al libero foro o istituendo servizi legali interni[15].

In realtà, è consuetudine molto diffusa da parte degli organi costituzionali di rivolgersi ad avvocati del libero foro, in particolare nei giudizi davanti alla Corte Costituzionale[16]. Tale dato avvalorata, in via di fatto, ciò che sembra desumibile dalla lettura della normativa, ossia che nei confronti degli organi costituzionali vi sia un patrocinio non obbligatorio da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Il patrocinio dell'Avvocatura andrebbe definito, stando alle categorie elaborate dalla dottrina e giurisprudenza, come facoltativo. Ne deriverebbe che è possibile ricorrere anche, alternativamente, al patrocinio di avvocati del libero foro oppure istituire una propria avvocatura interna[17].

Tuttavia, definire il patrocinio nei confronti degli organi costituzionali come facoltativo dà una falsa rappresentazione della reale portata delle norme sul patrocinio non obbligatorio. Se fosse corretta la definizione ne dovrebbe conseguire che rientra nella piena discrezionalità dell'organo (o ente) la scelta di avvalersi della difesa erariale, prescindendo da qualsivoglia altro aspetto o limite.

In realtà, dalle norme si ricava un quadro giuridico non corrispondente sempre ad un potere di libera scelta da parte degli organi interessati.

Si è già sottolineato sopra, sia pure a fini diversi, che vi sono delle esplicite proposizioni normative che pongono un limite nell'affidare la propria difesa in giudizio agli organi o enti che non rientrano nella definizione di Amministrazioni dello Stato (ossia l'apparato servente del Governo)[18]. In particolare, gli enti prima evidenziati non possono ricorrere al patrocinio dell'Avvocatura allorché siano in una posizione di conflitto o contrasto con il Governo o con strutture dallo stesso dipendenti (ad esempio, un ministero)[19]. Il principio affermato ha una portata di carattere generale visto che si riferisce sia agli enti diversi dallo Stato che agli organi diversi dal Governo.

Pertanto non è corretto definire il patrocinio non obbligatorio sempre come facoltativo, ma piuttosto è opportuno articolare tale definizione a seconda del contesto cui ci si riferisce: si potrà definire facoltativo soltanto il patrocinio degli organi o enti diversi dall'Amministrazione dello Stato allorché la controversia insorga nei confronti di soggetti o enti estranei al potere esecutivo e non dipendenti dal Governo, mentre non vi sarà alcuna facoltatività nel caso il conflitto insorga con il Governo o con strutture dallo stesso dipendenti, in quanto sarà inibita in radice la scelta di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura.

Se si aderisce ad una tale conclusione, si potrebbe avere come conseguenza che l'ente o l'organo che voglia agire nei confronti del Governo o di strutture allo stesso collegate potrebbe non essere nelle condizioni di ricorrere, in modo automatico, alla difesa erariale. Tale difficoltà non deriverebbe da ragioni di opportunità, ma discenderebbe direttamente dalle norme che regolano la procedura dinanzi agli organi giurisdizionali.

In particolare, le norme di procedura che si riferiscono ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato lasciano immaginare che, quando si agisce contro il Governo, non si potrebbe, senza particolari ragioni, affidare la propria difesa all'Avvocatura dello Stato[20].

A questo punto, vanno valutate le possibili conseguenze che ne deriverebbero, recando dei riflessi anche sul fondamento dello *jus postulandi* e, quindi, sull'atto introduttivo del giudizio[21].

Va segnalato, in ogni caso, che esiste una norma contenuta nel T.U. sull'Avvocatura che prevede la possibilità di ricorrere, nel caso di soggetti sottoposti al patrocinio obbligatorio,

all'ausilio di un avvocato del libero foro[22]. Questa facoltà può, però, essere esercitata soltanto in casi eccezionali che potrebbero ravvisarsi proprio nella situazione che si analizza. La procedura prevede un decreto del Presidente del Consiglio e il parere dell'Avvocato generale che, non apparendo vincolante, non dovrebbe creare una patente situazione di conflitto tra la sua veste di difensore del Presidente della Repubblica e quello di "consigliere" del Presidente del Consiglio o del Ministro interessato, che si trova nelle eccezionali circostanze di dover ricorrere al patrocinio di un avvocato libero professionista[23].

Siamo comunque, cronologicamente, già all'interno del procedimento che porta al primo giudizio della Corte, quello di ammissibilità del ricorso[24], che – anche per le considerazioni che si è ritenuto di svolgere – non appare a soluzione ovvia e scontata.

*Dottorando di ricerca in diritto pubblico presso l'Università Cattolica di Milano

[1] Si veda l'epigrafe dell'atto di promovimento che richiama il decreto presidenziale 7 giugno 2005, riportato sul sito www.lexitalia.it n. 6/2005.

[2] In generale, si veda, O. M. ITRI, *Avvocatura dello Stato, Diritto processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1 ss.; G. BELLÌ, *Avvocatura dello Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 670 ss.

[3] Così, Cass. SS. UU. Civ., sentenza 29 aprile 2004, n. 8211, in www.lexfor.it/lexfor/2004-06/2004-06-Civ-Giu-2879.asp, con nota di M. R. SAN GIORGIO, *Rappresentanza e difesa in giudizio delle Regioni tra servizio legale interno e Avvocatura dello Stato*.

[4] Artt. 1 e 5 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, Testo Unico Avvocatura dello Stato.

[5] Art. 1 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.

[6] Ritiene il patrocinio facoltativo limitato ad ipotesi eccezionali, in base dell'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1992, 163; similmente anche P. G. FERRI, *Avvocatura dello Stato, Ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 2; O. M. ITRI, *Avvocatura dello Stato, Diritto processuale*, cit., 4.

[7] Art. 107 Decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616 e art. 10 legge 3 aprile 1979, n. 103.

[8] Tale articolo ha modificato l'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.

[9] Cass., SS. UU. Civ., sentenza 29 aprile 2004, n. 8211, cit., che richiama Cass. sentenza 26 luglio 1997, n. 7011 e Cass. sentenza 3 giugno 1988, n. 3788.

[10] Si veda, in tal senso, l'art. 15 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.

[11] L'art. 5, secondo comma, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 avvalorava l'identificazione sopra proposta; si veda anche Corte Cost. sentenza 24 giugno 1981, n. 129, in www.cortecostituzionale.it, allorché afferma che <... il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica non può essere riduttivamente configurato ... quale "apparato burocratico di regime giuridico eguale a quello di ogni altro apparato dell'amministrazione dello Stato">.

[12] La nozione di P.A. (in senso oggettivo e soggettivo) come “apparato servente” del Governo è propria della dottrina tradizionale. Tra gli altri, R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1978, 15; si confronti, nello stesso senso, l’affermazione della Corte Cost. nella sentenza 24 giugno 1981, n. 129, riportata nella nota precedente; sembra aderire implicitamente a questa nozione anche Cass. SS. UU. Civ., sentenza 23 marzo 1981, n. 1667, in *Foro it.*, 1981, 9, 1942; in senso contrario, R. MORETTI, *Sulla rappresentanza in giudizio degli organi parlamentari*, *ibidem*, 1941-1942.

[13] La nuova dizione, costituzionalmente corretta, è frutto, ovviamente, delle modifiche introdotte con la legge 3 aprile 1979, n. 103.

[14] Si veda R. MORETTI, *Sulla rappresentanza in giudizio degli organi parlamentari*, cit., 1945-1946; altresì B. ALLARA, *La struttura della Presidenza della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1974, 133-134, in particolare alla nota 24; da ultimo si possono richiamare le considerazioni svolte da A. CARIOLA, *Un dubbio di costituzionalità sull’interpretazione dell’art. 135 Cost. e una decisione di rigetto annunciata*, in www.forumcostituzionale.it.

[15] La Camera dei Deputati ha provveduto ad istituire una propria avvocatura (art. 36 del *Regolamento dei servizi e del personale*; l’art. 4 del *Regolamento per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti* consente anche che la difesa venga affidata agli uffici interni, all’Avvocatura dello Stato o ad avvocati del libero foro). Il Senato della Repubblica, per quanto riguarda i procedimenti in autodichia, decide volta per volta a chi affidare la propria rappresentanza (Avvocatura dello Stato, libero professionista, funzionari interni – Art. 87 del *Testo Unico delle norme regolamentari dell’Amministrazione riguardanti il personale del Senato della Repubblica*). L’art. 13 del D.P.R. 21 aprile 1949, n. 412 ha stabilito che il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica *possa* (e non debba) avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, dando luogo ad un altro caso di patrocinio facoltativo: in tal senso B. ALLARA, *La struttura della Presidenza della Repubblica*, cit., 133 ss., in particolare la nota 24; sulla struttura servente anche N. OCCHIOCUPO, *Presidenza della Repubblica*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, 3; ne fa cenno anche O. M. ITRI, *Avvocatura dello Stato, Diritto processuale*, cit., 1.

[16] Per una veloce verifica, basta scorrere il ruolo delle udienze più recenti, riportato sul sito della Corte all’indirizzo www.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/calendariolavori/calendariolavori.asp, e verificare i nominativi dei difensori della Camera dei Deputati o del Senato della Repubblica.

[17] Va sottolineato che gli enti che istituiscono un ufficio legale interno non dovrebbero, in via generale, rivolgersi ad avvocati del libero foro o all’Avvocatura dello Stato, ove possibile, non essendo razionale la scelta di individuare in via permanente un nucleo di specialisti e poi non avvalersene sulla base di ragioni che, evidentemente, si pongono in netto contrasto con l’efficienza e l’economicità dell’azione amministrativa.

[18] In particolare l’art. 20 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e l’art. 10 della legge 3 aprile 1979, n. 103 e l’art. 43 del T.U. sull’Avvocatura dello Stato.

[19] Richiama esplicitamente le situazioni di conflitto, Cass. SS. UU. Civ., sentenza 23 marzo 1981, n. 1667, cit., 1942; similmente, P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., 169 ss.

[20] In tal senso, R. MORETTI, *Sulla rappresentanza in giudizio degli organi parlamentari*, cit., che richiama il combinato disposto degli artt. 20, secondo e terzo comma, e 37, ultimo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87; altresì G. BELLI, *Avvocatura dello Stato*, cit., 677-678.

[21] Si rinvia, per alcune riflessioni, a P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., 166; ritiene addirittura inammissibile il ricorso, per mandato conferito da organo incompetente, Cons. Stato, Sez. V, decisione 22 giugno 2005, n. 3281, in www.lexitalia.it n. 6/2005, con commento di O. CARPARELLI.

[22] La disposizione è l’art. 5 del T.U. che recita : “*Nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell’Avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei ministri.*”

L’incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del Capo del Governo di concerto col Ministro dal quale dipende l’Amministrazione interessata e col Ministro delle finanze”; lo sottolinea anche P. G. FERRI, *Avvocatura dello Stato, Ordinamento*, cit., 2.

[23] Sulla posizione di dipendenza dell’Avvocatura rispetto al Governo, che è di tipo organizzativo e non funzionale, si rinvia ai contributi citati nella nota 13.

[24] Ai sensi dell'art. 37, secondo e terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87.