

Gli incarichi difensivi dei Comuni non sono appalti

Capita sempre più spesso di vedere la pubblicazione di avvisi con i quali enti pubblici, soprattutto Comuni, indicano gare per l'affidamento di incarichi difensivi agli avvocati. Lo schema che va per la maggiore negli ultimi tempi è quello che prevede una prima fase di richieste di disponibilità per essere inseriti in un elenco di avvocati di fiducia dell'ente, suddiviso eventualmente per settore di competenza ed una seconda nella quale, ad un certo numero di professionisti iscritti in questo elenco viene richiesto di formulare un preventivo dell'onorario per la singola causa. L'ente poi assegna l'incarico al miglior prezzo, quindi con quello che nel settore degli appalti è il criterio del massimo ribasso. La diffusione di questa impostazione, che in sostanza equipara le attività degli avvocati a qualsiasi altra prestazione di servizi o commerciale, è cresciuta dopo l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, che, ad avviso di alcuni primi e frettolosi interpreti, avrebbe sì testualmente (art.17, co. 1, lett. d) del D.Lgs. 50/2016) inserito questi mandati difensivi tra gli appalti esclusi, ma nel contempo opererebbe il richiamo dell'art. 4 ai principi generali, relativi all'affidamento di contratti pubblici, e quindi, in sostanza, a quello della gara, o della "mini gara", come qualcuno ha suggerito.

Prima di esaminare la fondatezza di questa opinione e la legittimità e convenienza della procedura che sulla quale di essa molti Comuni stanno attuando, è

bene ricordare che la tematica non è nuova e che nel contesto antecedente al nuovo codice la giurisprudenza prevalente, sia amministrativa (C. di S. sentenza 2730 del 2012; più recentemente Tar Campania, Salerno, n. 1197 del 2015) che contabile (Corte Conti Basilicata, Parere n.8/2009; Corte Conti Lombardia Parere n. 162/2016), era giunta ad affermare che il singolo mandato difensivo o anche l'incarico di una specifica consulenza non sono riconducibili al concetto di servizio, trattandosi di una prestazione d'opera intellettuale, caratterizzata dal carattere fiduciario del rapporto. E che si possa quindi escludere la necessità di procedere alla scelta del professionista tramite gara. Soluzione peraltro diversa da quella da adottarsi ove l'incarico preveda un rapporto continuativo e più strutturato e quindi non si esaurisca nella singola difesa, ma comporti, appunto, la fornitura di un vero e proprio servizio con chiari elementi di imprenditorialità (quelli in sostanza cui ben si può riferire l'indicazione "servizi legali" dell'allegato IX del codice degli appalti).

E' questa un'impostazione che valorizza i connotati specifici e differenziali dell'attività del libero professionista, secondo una linea che porta ad unità questa particolare figura di prestatore d'opera e ne fa conseguire regole coerenti ed omogenee nei vari contesti, anche e significativamente in quello fiscale (Corte Cost. n. 228/2014; Corte di Cass., Sez. II, n. 2860/2010). Linea che ha trovato piena e completa attuazione nella legge di riforma

dell'ordinamento della professione forense (L. n. 247/2012) che riconosce all'avvocato la primaria funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti e lo pone in una condizione di piena autonomia ed indipendenza nell'esercizio della sua attività, affermandosi espressamente che in tale esercizio l'avvocato è soggetto unicamente alla legge e alle regole deontologiche, così dettando una disciplina completa e quindi autosufficiente della prestazione che deve essere resa all'assistito, pubblico o privato che sia.

Venendo alla situazione attuale e alla problematica specifica degli incarichi difensivi degli enti locali, appare paradossale che ci si ponga nell'ottica dell'applicazione delle regole proprie degli appalti di fronte ad una norma, prima assente, di esclusione espressa. Norma peraltro in qualche modo rafforzata dal considerando n. 25 della Direttiva n. 24/2014 ove espressamente si chiarisce che la ratio è quella di escludere *"dall'ambito di applicazione della presente direttiva"* (oltre ai servizi prestati dai notai o quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri) quelli che *"comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari"*.

Esiste poi un dato testuale, che viene trascurato dai sostenitori dell'equiparazione dei mandati difensivi ai contratti d'appalto e che fondano la loro posizione sul richiamo dell'art. 4 del codice degli appalti: questa disposizione infatti espressamente dispone in ordine ai *"contratti*

*pubblici*" e tali sono, in questo specifico contesto normativo, unicamente quelli che corrispondono alla definizione posta dal precedente art. 3, comma 1, lettera dd) "i contratti d'appalto o di concessione...". Il che fa tornare in evidenza la differenza strutturale ed ontologica tra appalto e mandato difensivo. Il primo infatti è per definizione del nostro codice civile (art. 1655 c.c.) quel contratto che trasferisce il rischio connesso al compimento dell'opera o del servizio, elemento assolutamente assente nel contratto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c) che si caratterizza proprio per l'assenza di questo elemento connesso al risultato e al relativo rischio.

A tutti gli elementi formali che sono stati individuati si aggiungono poi considerazioni di carattere logico e pratico, a favore di una soluzione diversa da quella della gara d'appalto assegnata al miglior offerente.

Sotto un primo profilo, appare ancora una volta paradossale che proprio per questa tipologia di prestazioni, che si caratterizzano per il rilievo assoluto dei profili di competenza del professionista, si mantenga come criterio di aggiudicazione preferenziale quello del minor prezzo, quando proprio la recente riforma degli appalti pubblici individua come criterio di aggiudicazione preferenziale ed anzi obbligatorio in alcuni settori in cui prevale l'esigenza di qualità (esempio per i servizi sociali e di ristorazione

ospedaliera, assistenziale e scolastica), quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo.

Mettere poi "a gara" un ristretto numero di professionisti, quelli che hanno avuto l'accortezza di presegnalarsi partecipando all'invito per la formazione dell'elenco, optando per quello che offre il preventivo più contenuto, espone l'amministrazione ad essere male assistita e favorisce prassi che sono all'opposto di quei canoni di trasparenza e di ampia concorrenzialità che si vogliono giustamente perseguire.

In conclusione, non ci sono ragioni per far operare la pubblica amministrazione, nella scelta dei propri avvocati difensori, in modo diverso da come farebbe ognuno di noi: andando cioè a ricercare il professionista di fiducia, solerte, competente ed onesto. Questa ricerca non richiede la previa formazione di elenchi, bastando l'albo professionale (da poco reso unico a livello nazionale ed informatizzato). Ben può essere diffuso poi, con la pubblicazione sul sito dell'ente, l'invito a presentare per il singolo incarico le proprie credenziali di esperienza e di competenza ed a fornire un preventivo che si attenga ai parametri tariffari di cui al vigente decreto ministeriale e conseguentemente arrivare ad una scelta la cui motivazione risulti logica e ragionevole.

A volte infatti, come in questo caso, cerchiamo affannosamente una soluzione lontana dai nostri occhi quando invece l'abbiamo sotto al naso.

Umberto Fantigrossi