

La scelta del difensore di fiducia da parte della P.A.

Data di pubblicazione: 11 Gennaio 2019

FEDERICO GUALANDI, La scelta del difensore di fiducia come espressione del diritto costituzionale alla difesa e le recenti linee guida ANAC*.

FEDERICO GUALANDI (*)

La scelta del difensore di fiducia come espressione del diritto costituzionale alla difesa e le recenti linee guida ANAC

1. Premessa e inquadramento della questione.

Le linee guida n. 12 recentemente emanate dall'ANAC [\[1\]](#) con l'intento di rispondere alle numerose richieste di chiarimento provenienti dalle pubbliche amministrazioni riportano in auge la discussione circa le modalità procedurali attraverso le quali può avvenire l'affidamento dei singoli incarichi di patrocinio ad avvocati esterni da parte della P.A. [\[2\]](#).

La questione riveste enorme rilevanza sia per l'opzione interpretativa offerta dall'Autorità, completamente difforme dall'orientamento sinora prevalente [\[3\]](#), sia per le conseguenze che essa potrebbe avere sul piano teorico dei principi e dei diritti previsti a livello sovranazionale, costituzionale ed interno nonché per le ricadute pratiche inerenti allo svolgimento della libera professione forense e sull'attività delle pubbliche amministrazioni [\[4\]](#).

La mole e il grado delle fonti coinvolte impongono di svolgere una breve premessa al fine di inquadrare correttamente la questione.

Nel suo complesso, l'Ordinamento giuridico predilige il più possibile l'opzione di affidare ogni tipo di incarico legale a dipendenti della P.A. La ratio di tale scelta va ravvisata nell'esigenza di garantire il buon andamento e l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni attraverso il reclutamento di personale idoneo a svolgere le funzioni affidategli mediante pubblico concorso e, per tale via, di evitare nuove spese [\[5\]](#).

Questo principio di "autosufficienza organizzativa" assume tuttavia carattere recessivo qualora, per specifiche esigenze, un'amministrazione non sia in grado di rinvenire al proprio interno un dipendente in possesso delle caratteristiche richieste; in tale caso l'Ordinamento consente alle pubbliche amministrazioni di conferire l'incarico ad un professionista esterno al fine di garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa [\[6\]](#).

Come noto, l'affidamento di un incarico ad un avvocato del libero foro costituisce un'eventualità tutt'altro che remota, data la vastità delle funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni ed il contenzioso che ne consegue. In considerazione di ciò e dell'esigenza di assicurare il rispetto dei principi sopra indicati, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla corretta qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra l'avvocato e l'ente affidatario e sulle procedure da adottare al fine d'individuare il professionista maggiormente idoneo a svolgere l'incarico.

Per lungo tempo, sia durante vigenza del D. Lgs. 163/2006 che del D.Lgs. 50/2016 [\[7\]](#), l'orientamento prevalente in giurisprudenza è sempre stato quello di escludere che l'affidamento del singolo incarico legale, specialmente se di patrocinio, potesse essere assoggettato alle medesime regole procedurali previste per gli appalti di servizi; ciò in considerazione non soltanto della distinzione compiuta dal Codice Civile tra contratto d'appalto e contratto

d'opera professionale [8], quanto soprattutto per il preminente elemento fiduciario insito nel rapporto giuridico intercorrente tra il cliente e l'avvocato [9].

Coerentemente con quest'interpretazione, si era invece ritenuto che l'affidamento di tutti o di una cospicua parte dei servizi legali di un ente pubblico ad un medesimo professionista avrebbe dovuto essere qualificato come appalto pubblico di servizi con conseguente applicazione delle regole e delle procedure previste dalla legge [10].

E' bene inoltre sottolineare che fino all'emanazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE [11] il diritto europeo e il diritto interno si erano limitati a disciplinare solo in via residuale i servizi legali, inserendoli nell'elenco delle prestazioni per le quali era previsto un regime semplificato di evidenza pubblica e generando così alcuni dubbi interpretativi su quanto fosse effettivamente ampia tale categoria [12].

Sono state proprio le direttive citate a distinguere per la prima volta in maniera netta i servizi legali assoggettati ad un regime semplificato di evidenza pubblica dai servizi legali esclusi dal campo d'applicazione oggettivo della normativa in tema di appalti pubblici e specificamente dagli obblighi procedurali previsti [13].

Tale distinzione è stata riprodotta anche nel diritto interno: l'all. IX del D.Lgs. 50/2016 indica infatti i servizi legali diversi da quelli previsti dall'art. 17, c. 1, lett. d) del medesimo decreto, sottoponendoli al regime procedurale semplificato previsto dagli articoli 140, 142 e 143 del Codice dei Contratti [14]. L'art. 17 citato contiene invece una serie di ipotesi di prestazioni legali, le quali, per la loro specificità, sono escluse dal campo d'applicazione oggettivo del Codice [15].

Come anticipato, le Linee guida hanno ribaltato l'orientamento appena descritto, aderendo complessivamente alla posizione espressa dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018.

Conformemente al dettato normativo e all'orientamento già formatosi sotto la vigenza del D. Lgs. 163/2006, l'ANAC ha ritenuto che l'affidamento dei servizi legali rientranti nell'all. IX del Codice dei Contratti ricada nel campo di applicazione del regime procedurale semplificato previsto dagli artt. 140, 142 e 143 del Codice, qualora la stazione appaltante affidi la gestione di tali servizi in modo continuativo o periodico al fornitore nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio) [16].

E' con riguardo invece all'affidamento degli incarichi legali ad hoc, riconducibili ai servizi di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) del Codice, che l'orientamento espresso dalle Linee guida assume una portata dirompente rispetto al passato; infatti l'ANAC non solo ha ritenuto che l'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016 abbia di fatto prodotto l'effetto di superare la distinzione tra contratto d'appalto e contratto di prestazione d'opera intellettuale e in specie di patrocinio, ma si è spinta a suggerire, attraverso una discutibile interpretazione dei principi previsti dall'art. 4 del Codice dei Contratti [17], applicabili ai contratti pubblici esclusi, una sostanziale riconduzione delle modalità d'affidamento dei servizi indicati all'art. 17, c. 1, lett. d) a regole procedurali tipiche degli appalti pubblici, nonostante la loro esplicita esclusione dal campo d'applicazione oggettivo del Codice medesimo.

L'inaccettabile risultato di quest'interpretazione è quello di eliminare formalmente ogni possibilità di stimare sussistente e prevalente l'aspetto fiduciario nella fase di scelta dell'avvocato.

2. La non corretta interpretazione del diritto europeo compiuta dalle Linee guida. In particolare la non condivisibile qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra la P.A. e l'avvocato affidatario.

La scelta dell'Autorità di ricondurre anche gli incarichi legali *ad hoc* ad un regime di affidamento analogo a quello degli appalti pubblici di servizi si pone in verità in un rapporto di continuità sostanziale rispetto all'orientamento recentemente espresso da parte della magistratura contabile [18] e da qualche pronuncia del Giudice amministrativo [19].

A questa soluzione l'ANAC e la magistratura contabile sono approdate a causa di due distinte considerazioni: in primo luogo la nozione di appalto accolta all'interno del diritto dell'U.E. sarebbe più ampia di quella rinvenibile nel nostro codice civile, in quanto essa non distinguerebbe tra appalto di servizi e contratto d'opera intellettuale [20].

Inoltre, assumerebbe un rilievo decisivo la circostanza per la quale l'art. 17 del Codice dei Contratti, rubricato come "*Esclusioni specifiche per contratti d'appalto e concessioni di servizi*", attrarrebbe comunque nel novero degli appalti pubblici, sebbene esclusi, le prestazioni ivi indicate [\[21\]](#). Esse sono espressamente assoggettate all'applicazione dell'art. 4 del Codice dei Contratti, al fine di assicurare che anche l'affidamento di appalti esclusi dalla disciplina prevista dal D. Lgs. 50/2016 avvenga comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità.

L'applicazione di tali principi all'affidamento dei singoli incarichi legali di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) del Codice dei Contratti renderebbe impossibile ritenere che la scelta dell'avvocato esterno possa essere connotata da carattere fiduciario; ne conseguirebbe - secondo tale orientamento - che la scelta dell'avvocato maggiormente idoneo debba avvenire previa costituzione di un elenco di operatori qualificati, dell'impiego dei principi di equa ripartizione o di rotazione e senza che l'ente possa compiere un affidamento diretto, il quale dovrebbe porsi sempre come ipotesi eccezionale, dovuta alla necessità di procedere con urgenza e sempre a condizione che essa non sia mai motivata dall'inerzia dell'ente [\[22\]](#).

In realtà numerose sono le ragioni per opporsi a quest'orientamento, il quale non merita di essere condiviso dal momento che esso tale si tradurrebbe in una palese elusione di quanto affermato nella direttiva, finendo per imporre una vera e propria procedura di gara, sia pure semplificata.

Innanzitutto non sembra corretto che possa essere accolta un'interpretazione che conduce, di fatto, all'abrogazione tacita della categoria dei servizi esclusi e ad un risultato del tutto opposto a quello previsto e voluto dalla legge, in quanto essa fa venir meno la distinzione operata dal diritto europeo ed interno tra i servizi legali di cui all'art. 17 e quelli di cui all'allegato IX del D. Lgs. 50/2016. Anzi, sembra del tutto ragionevole affermare che, sotto tale profilo, le Linee guida dell'ANAC contengano un vizio di legittimità in quanto la suddetta interpretazione costituisce una violazione e falsa applicazione di legge ai sensi dell'art. 21-octies della l. 241/1990.

In secondo luogo va osservato che a nulla vale la considerazione secondo la quale la nozione di appalto accolta nel diritto dell'U.E. sarebbe più ampia di quella nazionale, così che s'imporrebbe come necessitata l'opzione di ricondurre l'affidamento dei singoli servizi legali a professionisti esterni alla categoria degli appalti.

Infatti molto spesso accade che la nozione accolta dal diritto dell'U.E. di un determinato istituto giuridico sia diversa da quella recepita nei vari Ordinamenti interni, ma è ormai un dato acquisito che tale circostanza non è da sola sufficiente per affermare il superamento della categoria di diritto interno [\[23\]](#).

Invero bisogna sempre tenere presente che il diritto europeo si muove per obiettivi sostanziali e non per classificazioni formali. Il diritto europeo, cioè, si occupa dell'individuazione della procedura di affidamento del contratto, lasciando impregiudicata la qualificazione della natura del medesimo, che resta disciplinato secondo le regole del diritto civile interno.

Anche per tale ragione la circostanza che le direttive si occupino di appalto e non di contratto d'opera a proposito dei servizi legali è un argomento meramente nominalistico che non assume alcuna importanza. Infatti se il legislatore comunitario e quello nazionale hanno anteposto espressamente il termine "esclusione" ciò significa che entrambi hanno voluto escludere sia la normativa europea che quella interna in materia di appalti e concessioni a questi specifici contratti. Per di più la nozione europea di appalto è di fatto identica a quella prevista dalla direttiva 2004/18/CE e dal Codice del 2006 [\[24\]](#), la quale non aveva impedito la formazione in precedenza dell'orientamento prevalente, volto a distinguere tra contratto d'opera professionale e contratto d'appalto.

In terzo luogo occorre tenere presente che il settore degli appalti pubblici rientra nella materia "mercato interno" devoluta alla competenza concorrente tra U.E. e Stati membri: pertanto solo un intervento diretto ed esplicito del legislatore europeo avrebbe potuto far venir meno la distinzione tra contratto d'appalto e contratto di prestazione d'opera professionale.

Orbene, non si può ritenere che la mera ridefinizione della nozione d'appalto (pubblico) [\[25\]](#) sia tale da aver implicitamente imposto, non solo all'Italia, ma a tutti gli Stati membri, di ricondurre tutte le ipotesi di prestazione d'opera professionale alla prima categoria in quanto ciò contrasta con la chiara formulazione del 'Considerando n.

4' della direttiva 2014/24/UE, a norma del quale "il chiarimento relativo alla nozione d'appalto rilevante secondo il diritto comunitario in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE" [\[26\]](#).

In altri termini anche se la nozione di appalto pubblico accolta dalla dir. 2014/24/UE fosse più ampia di quella contenuta nella direttiva precedente, ciò non sarebbe da solo un elemento sufficiente per ritenere che debbano essere soggette alla disciplina degli appalti pubblici anche incarichi che non lo erano secondo la disciplina precedente.

Infine assume un rilievo determinante, al fine di escludere che la legislazione eurolunitaria abbia inteso determinare una soluzione del medesimo genere di quella suggerita dall'ANAC, la formulazione del "Considerando n. 25" della direttiva 2014/24/UE. Esso riconosce infatti che alcuni servizi legali che comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati o sono connessi all'esercizio di pubblici poteri sono di solito prestati da persone che non possono essere selezionate o designate secondo modalità proprie delle regole in materia di appalti pubblici e, per tale ragione, dovrebbero essere esclusi dall'applicazione della dir. 2014/24/UE [\[27\]](#).

Merita di essere ricordato che, nel drafting legislativo dell'Unione, i "Considerando", per quanto non abbiano un valore giuridico vincolante, motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurle o parafrasarne il dettato, al fine di informare tutti gli interessati sulle circostanze in cui il legislatore ha esercitato la competenza relativa all'adozione dell'atto nonché di dare alle parti delle eventuali controversie la possibilità di tutelare i propri diritti e alla Corte di giustizia dell'Unione europea di esercitare il proprio controllo. Essi contengono quindi un'esposizione concisa degli elementi di fatto e di diritto da prendere in considerazione e, soprattutto, la conclusione che è pertanto necessario prescegliere per l'interpretazione corretta dell'articolato.

In definitiva la funzione dei "Considerando" è quella di consentire agli interessati di conoscere l'effettiva intenzione del legislatore europeo e di poter essere impiegati quale parametro per svolgere un'interpretazione logica e sistematica delle disposizioni comunitarie e nazionali in quanto essi "non sono mere relazioni esplicative, ma hanno una precisa **valenza regolatoria** quale parte integrante e sostanziale del testo normativo" [\[28\]](#).

Sotto questo profilo si comprende che l'intenzione del legislatore europeo non è mai stata quella di eliminare le distinzioni compiute dagli Ordinamenti nazionali tra contratti d'appalto e contratti d'opera intellettuale aventi ad oggetto prestazioni legali, ma di voler invece valorizzare la peculiarità di tali contratti e, proprio per questo, affermare che le modalità di selezione e di designazione non possono essere disciplinate dalle norme di aggiudicazione degli appalti.

Giova a questo punto ricordare che la contrarietà delle Linee guida alla disciplina sistematica delle direttive e all'intenzione del legislatore europeo comporta inevitabilmente che esse devono considerarsi costituzionalmente illegittime per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. quali norme interposte.

Del resto l'equivoco in cui è incorsa l'ANAC appare ancora più incomprensibile se si tiene conto che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso sulla proposta di Codice dei Contratti, ha espressamente riconosciuto che: "nel codice non sono disciplinati solo appalti e concessioni ma anche altri tipi contrattuali. Anche se la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana come desunta dal codice civile, ciò nonostante nel codice in esame sono regolati tipi contrattuali che non vi rientrano" [\[29\]](#).

Tutti questi argomenti sembrano più che sufficienti per escludere l'assunto di fondo seguito dall'ANAC, secondo il quale la distinzione tra contratti d'appalto e contratti d'opera intellettuale, e soprattutto di patrocinio, sarebbe stata superata per effetto del diritto comunitario e, in via mediata, a causa dell'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016.

Infine s'intende sottolineare quello che sembra un ulteriore elemento di contrarietà delle linee guida rispetto al diritto europeo.

Come illustrato dal "Considerando" 1 della direttiva 2014/24/UE, l'obiettivo dell'intervento del legislatore europeo è quello di prevedere regole uniformi in tutti i Paesi membri dell'U.E. circa le procedure di scelta degli appaltatori quando il committente sia un soggetto pubblico, al fine di perseguire la strategia Europa 2020 anche nel settore

degli appalti pubblici [30]; per tale ragione è del tutto ragionevole ritenere che tutte le disposizioni contenute nella direttiva abbiano quale precipuo scopo quello di concorrere nel conseguire quest'obiettivo.

Come già scritto, poiché l'art. 10 della dir. 2014/24/UE è esplicitamente rubricato "*Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi*", a rigore di logica, si deve ritenere che lo scopo, oltre che la lettera, di tale disposizione sia quello di indicare una serie di servizi che il legislatore comunitario ha voluto espressamente sottrarre all'applicazione delle norme in tema di appalti.

L'art. 10 della dir. 2014/24/UE non prevede che i servizi legali esclusi siano soggetti a principi come quelli indicati dall'art. 4 del D. Lgs. 50/2016.

Fermo restando quanto si dirà successivamente riguardo al c.d. divieto di *gold plating*, la possibilità che la sottoposizione dei servizi indicati dall'art. 10 della direttiva citata, riprodotti in maniera identica dall'art. 17 del Codice dei Contratti, possa avvenire secondo l'interpretazione fornita dall'ANAC nelle Linee guida sembra così costituire una non corretta trasposizione della direttiva medesima, dal momento che essa si pone in contrasto con la finalità perseguita dai considerando n. 1, 4 e 25 della dir. 2014/24/UE.

Se così è, a parere di chi scrive, è possibile ritenere che l'art. 10 citato possieda caratteristiche tali da poter essere considerato una disposizione precettiva ad effetto diretto [31].

Infatti nel sancire l'esclusione di questi servizi dal campo d'applicazione oggettivo della normativa in esame, il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri un obbligo di "non fare" chiaro e preciso, consistente nell'astenersi dall'estendere ai servizi ivi indicati le regole previste in materia di aggiudicazione degli appalti, al quale si contrappone l'insorgere del diritto soggettivo degli interessati (il libero Foro, ma anche la Pubblica Amministrazione) di ottenere l'affidamento dei singoli incarichi legali senza l'applicazione di tali regole.

Infatti, se in linea di principio si potrebbe anche ammettere che, nel silenzio del diritto comunitario, si possa riespandere il potere degli Stati membri di sottoporre l'affidamento dei servizi legali esclusi a principi come quelli indicati dall'art. 4 del D. Lgs. 50/2016, vista la natura pubblica delle somme erogate a titolo di compenso, tuttavia l'eventuale introduzione in via interpretativa di una regola (l'art. 4 del D. Lgs. n. 4) non espressamente imposta dal legislatore comunitario appare in violazione del chiaro obbligo di astensione sopra delineato.

Orbene, se un atto amministrativo nazionale come le Linee guida di cui si discute, da imputare allo Stato membro nel suo complesso, finisce per imporre alle pubbliche amministrazioni di sottoporre i servizi espressamente esclusi dalla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici a regole d'affidamento analoghe a quelle previste da quest'ultima, il dovere generale di astensione è violato e viene così pregiudicato l'effetto utile del diritto comunitario.

In questo senso si può allora ritenere che, a titolo di sanzione per la non corretta trasposizione della direttiva compiuta dalle linee guida [32], possa trovare direttamente applicazione l'art. 10 della dir. 2014/24/UE.

Questo non significa che la P.A. non debba seguire i principi generali dell'attività amministrativa, ma l'estensione di tali principi deve avvenire secondo modalità compatibili con la natura esclusa dei contratti in esame (e non quindi come ha previsto l'ANAC) [33].

Anche qualora non si ritenesse applicabile la dottrina degli effetti diretti al caso in esame, ciò nondimeno le Linee guida si porrebbero comunque in contrasto con il principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario e con l'effetto utile voluto dalla dir. 2014/24/UE.

Infatti, nell'interpretare il diritto interno, il giudice deve anzitutto fare riferimento al criterio dell'effetto utile: egli deve preferire, tra tutte le interpretazioni possibili, quella che alla luce della lettera e dello scopo della direttiva è maggiormente idonea a realizzare le esigenze del diritto comunitario. E' del tutto evidente che un tale effetto sarebbe del tutto pregiudicato dall'interpretazione della normativa comunitaria e, di riflesso, della normativa interna compiuta dall'Autorità nelle Linee guida.

La scelta dell'ANAC di interpretare i principi di cui all'art. 4 del Codice dei Contratti in modo tale da configurare un vero e proprio procedimento di gara pregiudica quindi l'effetto utile che l'art. 10 della direttiva intende conferire ai suoi destinatari e, di conseguenza, le linee guida sono da ritenere non condivisibili anche da questo punto di vista [\[34\]](#).

3. Le peculiarità del contratto di patrocinio non considerata dalle Linee guida. La violazione del diritto di difesa tecnica e degli altri principi costituzionali non considerati da parte dell'ANAC.

Finora sono state analizzate le criticità che, a parere di chi scrive, emergono dalle linee guida senza compiere nessuna distinzione tra le diverse ipotesi di servizi legali indicate dall'art. 17 del Codice dei Contratti.

Tuttavia sembra ragionevole evidenziare che le Linee guida presentano, in realtà altri due vizi molto evidenti.

Innanzitutto si può ritenere carente la valutazione dell'ANAC laddove non pare aver preso adeguatamente in considerazione sia le differenze esistenti tra il contratto di patrocinio e i contratti aventi ad oggetto una consulenza o altri servizi legali connessi all'esercizio di pubblici poteri, regolamentati in maniera indistinta.

Infatti si può stimare irragionevole la mancata differenziazione tra le tipologie d'incarichi, dal momento che un conto è l'attività di consulenza non necessariamente prodromica ad un procedimento giudiziario od arbitrale ed un conto è invece la prestazione avente ad oggetto la difesa in giudizio del cliente.

In secondo luogo è da censurare l'omessa considerazione delle peculiarità insite nel contratto di patrocinio stesso ove la prestazione assume inevitabilmente natura e struttura personale [\[35\]](#).

In particolare si può contestare il fatto che le linee guida non abbiano valutato la particolare natura di questo contratto e il suo accostamento alla figura del mandato [\[36\]](#) così come il ruolo assolto dal rilascio della procura all'avvocato che non solo assista, ma rappresenti la parte in giudizio [\[37\]](#).

Le Linee guida dell'ANAC non sembrano infatti tenere in debito conto nemmeno la peculiarità del campo in cui viene espletato il patrocinio ovvero l'amministrazione della giustizia, il quale è del tutto incompatibile con le prestazioni di cui la P.A. si avvale mediante l'evidenza pubblica [\[38\]](#).

In proposito va ricordato che sono la stessa legge professionale ed il codice deontologico a porre **la fiducia** quale fondamento del rapporto tra patrocinato e patrocinatore [\[39\]](#), il quale esercita la propria libera professione in libertà, autonomia ed indipendenza [\[40\]](#). Il Codice deontologico diviene quindi, per espresso rinvio della legge professionale, il fondamentale punto di riferimento per l'esercizio della professione e per la regolamentazione dei rapporti con i clienti ben più e ben prima del Codice dei Contratti, a prescindere dalla loro natura giuridica [\[41\]](#).

Come è stato correttamente osservato [\[42\]](#), oltre all'elemento fiduciario vi sono numerose norme nel Codice deontologico che si pongono su di una linea profondamente diversa da quella delineata da ANAC e da certe pronunce della Corte dei Conti. Ci si riferisce al doveroso riserbo sul nominativo dei propri clienti o parti assistite, ancorché questi vi consentano [\[43\]](#), nonché alla necessità di evitare conflitti di interessi [\[44\]](#).

Si tratta di una serie di doveri che configurano un "**munus specifico**", funzionale al perseguimento di un interesse pubblico, che mal si presta a sottostare a regole di mercato e di concorrenza, come correttamente hanno riconosciuto le direttive comunitarie nei propri "Considerando".

In sintesi, l'avvocato non può essere considerato un "Operatore economico", perché la sua prestazione ha ben poco di economico, ma è invece il soggetto che esercita, in nome e per conto di un altro soggetto, sia esso persona fisica o persona giuridica, **il diritto "personalissimo"** di difesa, da sempre riconosciuto da tutti gli Ordinamenti giuridici moderni.

In altri termini il patrocinatore dà vita al processo e concorre alla tutela dei diritti, contribuendo a dare vita allo Stato di Diritto [\[45\]](#); tale aspetto vale sicuramente a distinguerlo da un appaltatore e ad impedire l'applicazione delle regole procedurali previste dal Codice dei Contratti [\[46\]](#).

In effetti, bisogna intendersi.

O si ritiene che l'avvocato sia un operatore economico e allora molte norme della legge professionale e deontologiche dovrebbero essere abrogate, essendo fondate sull'elemento della "fiducia", che evidentemente l'ANAC rigetta, ovvero si ritiene che la professione di avvocato sia una professione peculiare, caratterizzata da regole specifiche e particolari, di cui occorre prendere atto.

In virtù del generale principio di razionalità e non contraddizione che permea tutto l'Ordinamento giuridico, non si può, da una parte, chiedere il rigoroso rispetto di determinati principi e, contemporaneamente, affermarne l'assoluta irrilevanza. Nessuna incompatibilità, conflitto di interessi o violazione del dovere di fedeltà è ipotizzabile in un appalto di servizi se l'operatore economico presta la propria attività nel mercato a favore di un soggetto ed anche a favore di un suo potenziale concorrente.

In realtà, ben diverso, nella coscienza sociale è il comportamento di un avvocato che agisce in "conflitto di interessi" con la parte che dovrebbe assistere e in violazione dei doveri di fiducia e fedeltà.

La distonia risiede nel fatto che in tutte queste ipotesi non stiamo parlando di un "mercato di servizi", ma dell'amministrazione della giustizia e cioè di un settore del tutto diverso anche se ANAC e Corte dei Conti non paiono essersene rese conto.

Il preminente rilievo che assume nel nostro Ordinamento la fiducia tra cliente e patrocinatore si evince anche dalle disposizioni dei codici di procedura che regolano la revoca della procura al difensore, in quanto dalla loro disciplina complessiva si ricava che la finalità principale di tale istituto è quella di consentire al cliente di poter sostituire il proprio difensore tecnico qualora, per qualunque ragione, magari connessa alla violazione dei doveri di lealtà e probità o di quelli previsti dal codice deontologico, egli non riponga più un adeguato affidamento circa le qualità o la probità del proprio avvocato [\[47\]](#).

Proprio in ragione di quanto sinora scritto sembra possibile affermare che il disconoscimento della centrale importanza rivestita dall' **elemento fiduciario** insito nel contratto di patrocinio anche nella scelta del difensore delle pubbliche amministrazioni si pone in netto contrasto con l'esigenza di garantire l'effettiva estrinsecazione del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 6 CEDU [\[48\]](#) mediante un difensore "**di sua scelta**" e dall'art. 47, c. 2, secondo periodo della Carta di Nizza [\[49\]](#), i quali peraltro hanno lo stesso valore dei trattati, nonché dall'art. 24 Cost [\[50\]](#).

In proposito si ritiene utile ricordare come il diritto di difesa, all'interno del quale rientra il diritto di poter scegliere il proprio difensore, al pari degli altri diritti costituzionali, possa essere pacificamente esteso anche agli enti dotati di personalità giuridica come le pubbliche amministrazioni [\[51\]](#).

Anche lo stesso combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost. [\[52\]](#) non va infatti letto solo a favore delle persone fisiche, ma anche a favore delle persone giuridiche, le quali, al pari delle prime, possono agire e resistere in giudizio non solo per la tutela dei propri diritti soggettivi, ma anche per impedire l'annullamento dei propri atti e provvedimenti (oltre che ottenere l'annullamento di quelli emanati da altri enti pubblici).

Orbene occorre affermare che il riconoscimento del diritto di difesa alle pubbliche amministrazioni non è soltanto coerente con la sua dimensione collettiva, ma costituisce soprattutto una scelta funzionale al rispetto dell'assetto complessivo delineato dalla Costituzione, che assegna alla P.A. la cura e il perseguimento degli interessi pubblici.

Tale diritto peraltro rende necessaria anche una riflessione circa la sua capacità di entrare in collisione con le tecniche di regolazione del mercato e con l'intervento pubblico nell'economia [\[53\]](#). A tale proposito, pare indubbio che le Linee guida emanate dall'ANAC rientrino tra le tecniche di regolazione del mercato quale forma di indiretto intervento pubblico nell'economia, considerata la loro incidenza sull'intero sistema di affidamento degli incarichi legali esterni da parte della P.A.

Occorre allora chiedersi che portata abbia il diritto di poter scegliere il proprio difensore, tradizionale corollario del diritto di difesa, ed in particolare se esso abbia necessariamente una portata recessiva rispetto all'esigenza di

assicurare l'imparzialità della P.A. o viceversa.

La dottrina e la giurisprudenza ormai da tempo condividono l'impostazione secondo la quale, in caso di tensione reciproca tra principi e diritti fondamentali previsti dalla Costituzione o da fonti sovranazionali (per mezzo degli artt. 11 e 117 Cost.), il conflitto deve essere risolto attraverso la tecnica del bilanciamento tra i medesimi al fine di evitare che uno dei due possa essere del tutto sacrificato a vantaggio dell'altro.

E' facile comprendere, per quanto scritto finora, che si reputa che le Linee guida non abbiano correttamente bilanciato il diritto di difesa con il principio d'imparzialità della P.A., imponendo al primo un sacrificio eccessivo.

In ogni caso, se mai dovesse essere sacrificato uno dei due principi in esame (e così non è nell'ottica del bilanciamento), il diritto di scegliere il proprio difensore, in quanto funzionale al rispetto del diritto di difesa, dovrebbe essere considerato prevalente rispetto all'esigenza di assicurare l'imparzialità della P.A.

Tale considerazione porta peraltro a sostenere ragionevolmente che l'ANAC abbia altresì trascurato l'esigenza di bilanciare il principio d'imparzialità della P.A. con quella di garantirne il buon andamento ex art. 97 Cost [54]. A questa conclusione giova non solo la collocazione sistematica del principio del buon andamento, citato dall'art. 97 Cost. prima dell'imparzialità, quasi a voler sottolineare una preminenza logica del primo rispetto al secondo [55], ma anche il fatto che anche la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che, se di regola il principio d'imparzialità è unito quasi in endiadi con quello di buon andamento [56], non è tuttavia da escludere che, in taluni casi, questi due principi possano orientare in direzioni opposte e cioè che vi possa essere buon andamento senza imparzialità e viceversa.

Sotto tale profilo le Linee guida dell'ANAC sembrano peccare di irragionevolezza in quanto esse sono talmente protese ad indicare un complesso di regole volto ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione nell'affidamento dell'incarico che perdono di vista la necessità di considerare se le singole prescrizioni siano effettivamente in grado di assicurare il buon andamento dell'attività amministrativa [57].

In proposito va tenuto presente che l'imparzialità della P.A. sarebbe comunque salvaguardata, dal momento che ciascun ente dovrebbe comunque motivare la propria scelta ed assoggettare inoltre la stessa fase d'individuazione del contraente privato ad un adeguato regime di pubblicità e trasparenza [58].

Ritornando all'art. 24 Cost., si ritiene che la questione di cui si discute abbia il pregio di chiarire che il diritto di difesa, inteso come difesa tecnica, possa essere considerato non solo come un diritto costituzionale, ma come un vero e proprio **diritto della personalità**, anche degli enti pubblici.

Già da tempo la dottrina ha ritenuto che gli enti pubblici possano essere ritenuti titolari di un vero e proprio diritto della personalità [59]: si tratta ora di chiedersi se il diritto di difesa e i suoi corollari possano essere annoverati tra i diritti della personalità.

Si ritiene, infatti che la componente fiduciaria nella scelta dell'avvocato, giustamente riconosciuta dallo stesso Consiglio di Stato nel primo parere trasmesso ad ANAC sulle linee guida [60], consegua dall'identificazione del diritto alla difesa del singolo come "diritto della personalità" e cioè come diritto strettamente connesso con la personalità del singolo e di natura personalissima.

In effetti, si potrebbe dire che quello alla difesa è il diritto della personalità per eccellenza, trattandosi del diritto strumentale alla tutela di tutti gli altri diritti della personalità e il diritto che ne garantisce la concreta effettività [61].

In questo senso si può dire che così come la coscienza sociale avverte quale inaccettabile forzatura quella di imporre un nome o un trattamento sanitario, allo stesso modo appare evidente che sarebbe altrettanto intollerabile, quasi una sorta di "violenza", la pretesa dell'Ordinamento di imporre a chi intende esercitare il diritto di difesa, un difensore "fungibile".

In tutte queste ipotesi infatti l'Ordinamento privilegia la libera scelta del soggetto [62] come libera esplicitazione della sua personalità e non pare che sussistano differenze nell'esercizio della professione e nel ruolo dell'avvocato

quando egli difenda Pubbliche Amministrazioni.

Infatti, se si escludono, forse, alcuni contenziosi "seriali", non pare che il diritto alla difesa di un ente pubblico si configuri o si attagi in modo diverso rispetto a quello di un singolo individuo.

Ciò soprattutto in un momento storico come quello attuale, nel quale vi è la esplosione delle responsabilità e la responsabilità tende sempre più a diventare la responsabilità della singola persona fisica dipendente della PA [63].

A ciò si aggiunga che, se i diritti della personalità sono diritti anche delle persone giuridiche, vi è un indubbio diritto della Amministrazione, a difendere la correttezza del proprio operato ed a farlo con un soggetto che goda pienamente della propria fiducia.

Non va poi sottovalutato che nell'attuale momento storico, tutte le discipline processuali, sono improntate a principi di forte "celerità processuale" [64], così che – anche sotto questo aspetto – l'imporre una forzosa selezione, che potrebbe risultare lunga e irta di ostacoli o imprevisti, rischia di "menomare" irrimediabilmente lo stesso diritto di un efficace difesa della Pubblica Amministrazione [65].

Si può pertanto concludere che dovrebbe spettare alla singola amministrazione valutare se espletare una procedura di evidenza pubblica ovvero discostarsi dalle Linee guida, indicando motivatamente perché ritiene opportuno avvalersi direttamente di un professionista di sua fiducia.

4. L'erronea applicazione dei principi di cui all'art. 4 del Codice dei Contratti.

Alcune critiche possono essere mosse anche sul piano dell'interpretazione dei principi stabiliti dall'art. 4 del D. Lgs. 50/2016 compiuta dalle Linee guida, dal momento che le regole esplicative fissate dall'ANAC non sembrano compatibili con la natura esclusa dei contratti di cui all'art. 17, c.1, lett. d).

In primo luogo vale la pena di ribadire che non si ritiene legittima l'interpretazione eccessivamente analitica dei principi indicati dall'art. 4 del Codice in quanto essa determina un'abrogazione tacita della distinzione tra servizi legali esclusi e servizi legali soggetti al regime semplificato previsto dagli artt. 140 e ss. del D. Lgs. 50/2016, tale da porsi *contra legem* e pertanto meritevole di essere rigettata.

Inoltre non si ritiene opportuna l'indebita estensione, accanto ai principi indicati dall'art. 4 del Codice dei Contratti, di altri principi che la norma non prevede, come quello di rotazione [66].

In particolare, occorre sottolineare come l'insieme di raccomandazioni fornite dall'ANAC circa le procedure da adottare per individuare l'avvocato più idoneo rischiano di contrastare con l'accezione più comune del principio di efficacia dell'attività amministrativa, intesa come capacità dell'amministrazione di riuscire a conseguire gli obiettivi che essa si è prefissata [67].

Sotto questo profilo emerge chiaramente che le regole previste dall'ANAC non garantiscono in realtà che l'avvocato scelto sia davvero il migliore e cioè quello che sia in grado di assicurare all'amministrazione il più elevato grado di probabilità di vittoria in giudizio.

Osservazioni non dissimili possono essere compiute con riferimento alle ipotesi di servizi legali di consulenza, quale ad esempio quella di fornire un parere pro veritate, e con riguardo ai servizi legali connessi all'esercizio di pubblici poteri [68]. Si rileva infatti che in tali situazioni l'attività dell'avvocato è in grado di orientare anche significativamente l'attività amministrativa dell'ente e, poiché è da presumere che l'amministrazione abbia tutto l'interesse sia sul piano della legittimità del proprio agire che su quello della responsabilità contabile dei propri dipendenti, ad affidarsi all'avvocato migliore, si ritiene che in un tale caso la credibilità e l'autorevolezza del medesimo dovrebbero esaltare ancora di più l'aspetto della personalità e dell'*intuitus personae*, lasciando così all'ente il compito di scegliere liberamente il professionista che esso ritiene più degno della propria fiducia [69].

Come forse si è già avuto modo di comprendere, l'intero impianto delle linee guida poggia su un presupposto erroneo e cioè che essendo la fiducia un elemento impossibile da accertare nella formazione della volontà della

P.A., sarebbe preferibile sottoporre ad un procedimento d'evidenza pubblica la fase di scelta del contraente [70].

In realtà queste considerazioni dovrebbero far intuire chi legge che il vero problema in materia non è quello di prevedere regole chiare e certe per l'affidamento degli incarichi legali a professionisti esterni, le quali possono già desumersi dai principi generali di efficacia, efficienza ed economicità cui è soggetta ogni attività amministrativa nonché dall'obbligo di motivazione della determina a contrarre, ma è quello della responsabilità contabile che potrebbe colpire i pubblici dipendenti.

Si può quindi dire che la procedimentalizzazione della scelta del singolo professionista è avvenuta in maniera completamente distorta e erronea, nel tentativo di dissimulare l'esigenza di contenere la spesa pubblica.

Tale conclusione pare avvalorata dal rilievo attribuito dalle Linee guida al principio di economicità; infatti per quanto esse affermino espressamente che: "*in considerazione della natura dei servizi in questione e dell'importanza della qualità delle relative prestazioni, il risparmio di spesa non è il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione,*" [71], si deve tuttavia ritenere che la sostanziale previsione di un regime analogo a quello previsto dal Codice dei Contratti anche per l'affidamento dei singoli incarichi legali abbia quale scopo precipuo quello di contenere le spese per tali servizi[72]. Una conferma indiretta sembra peraltro rinvenibile nella scelta compiuta dall'Autorità di fornire per prima un'interpretazione del criterio di economicità, portando in secondo piano il criterio d'efficacia [73].

D'altronde, per quanto una gerarchia tra i criteri di efficacia, efficienza ed economicità non sia prevista né dalla L. n. 241/1990 né dall'art. 4 del Codice dei Contratti, si deve nondimeno sostenere la preminenza logica del criterio dell'efficacia sugli altri due: infatti se l'attività dell'amministrazione non è in grado di raggiungere l'obiettivo prefissato (nel caso di specie quello di affidare l'incarico al professionista più adatto per le sue competenze ed esperienze) a nulla rileva in questo ambito che l'attività sia efficiente o che sia economica.

In ogni caso l'esigenza (*rectius*, il diritto) dell'amministrazione di dotarsi della difesa tecnica che abbia il più alto grado di probabilità di far valere le proprie ragioni in sede processuale (o di dotarsi della consulenza dell'avvocato che maggiormente è più idoneo, per la sua storia professionale, a svolgere quel determinato incarico) si deve ritenere preminente sulle pur esistenti esigenze di contenimento della spesa pubblica che, in periodi di crisi come questo, si manifestano molto spesso ed assumono altrettanto frequentemente una portata eccessivamente cogente.

Inoltre si può ragionevolmente obiettare che il criterio di economicità dell'attività dell'ente non sarebbe certamente rispettato, nell'ipotesi in cui fossero applicate le regole procedurali indicate dalle Linee guida, se l'incarico affidato al difensore non avesse esito positivo, dal momento che con ogni probabilità il costo per l'ente, non solo in termini economici, ma anche politici ed amministrativi, potrebbe essere molto maggiore di quello che esso avrebbe sopportato se avesse scelto in maniera fiduciaria un avvocato del libero foro.

Le Linee guida, inoltre, non paiono tenere in alcuna considerazione **l'art. 13-bis della L. 172/2017 sull' equo compenso** e il relativo decreto ministeriale [74]. Se per effetto dell'entrata in vigore di questa disciplina la stessa P.A. deve "*garantire il principio dell'equo compenso*", e se cioè il compenso non può che risultare conforme ai parametri dettati dal Ministero, cadono, per espressa volontà del legislatore, anche le ultime giustificazioni o remore circa una possibile responsabilità amministrativo-contabile e non vi è più alcuna concreta ragione per avallare un così evidente discostamento da principi così comunemente condivisi da essere stati tradotti nel diritto di cui all'art. 6 CEDU e cioè nel diritto di avere l'assistenza di un difensore di "propria scelta".

Tutte le considerazioni che precedono portano a domandarsi se non sia in realtà meglio dare piena attuazione al principio anglosassone dell' **accountability** e cioè alla capacità di rendere conto della propria condotta e delle proprie scelte sia sul piano della regolarità dei conti sia su quello dell'efficacia della gestione.

La strada interpretativa percorsa dall'ANAC lascia peraltro aperte alcune domande.

Una recente sentenza del giudice amministrativo ha ritenuto legittimo l'intervento ad opponendum proposto da un dipendente pubblico, tecnico istruttore dell'Ufficio Tecnico e Servizio Urbanistico di un Comune, per tutelare il

proprio interesse al mantenimento della situazione giuridica creata dal provvedimento impugnato, nella fattispecie evitare che la caducazione del medesimo potesse far sorgere a suo carico una responsabilità di tipo contabile o professionale [75].

E' opportuno chiedersi se le Linee guida n. 12 possano o addirittura debbano trovare applicazione in un tale caso. Infatti il dipendente sta in giudizio non in rappresentanza dell'ente presso il quale presta servizio, ma in proprio allo scopo di difendere la posizione "tecnica" espressa quale soggetto (*rectius*, organo) coinvolto nel procedimento conclusosi col provvedimento impugnato [76].

Quest'eventualità non è peraltro da escludere se si considera che la normativa vigente prevede che l'ente di appartenenza sostenga direttamente o tramite rimborso le spese processuali del proprio dipendente [77]. Nell'ottica di limitare gli oneri a proprio carico, in virtù del principio di economicità dell'attività amministrativa, l'ente potrebbe essere tentato dal seguire le regole previste dalle Linee guida e, vista la propria posizione di forza, di imporre al dipendente interveniente di scegliere il proprio avvocato mediante una procedura di gara.

E' doveroso allora chiedersi se mai una tale soluzione possa ritenersi compatibile con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., tenendo altresì conto del fatto che l'eventuale soccombenza nel processo potrebbe esporre il dipendente non solo ad una responsabilità penale, civile, contabile od amministrativa, ma anche all'onere di pagare o rimborsare all'amministrazione di appartenenza le spese legali del processo e, segnatamente, quelle relative all'onorario dell'avvocato che egli non ha scelto liberamente.

Tutte le considerazioni svolte sinora rendono evidente l'incompatibilità di un tale risultato con il diritto di difesa, riconosciuto e tutelato a livello sovranazionale e costituzionale.

Se tale ricostruzione fosse però smentita da parte dell'ANAC o da un giudice ci troveremmo davanti ad una situazione paradossale per cui il singolo Organo sarebbe legittimato a scegliere liberamente, in virtù del mero elemento fiduciario, il proprio avvocato, mentre l'Ente in cui esso è incardinato non potrebbe farlo in quanto sostanzialmente obbligato a seguire le regole procedurali contenute nelle Linee guida.

Infine ci si può altresì domandare quanto sia opportuna la procedimentalizzazione della fase di scelta dell'avvocato affidatario mediante la sostanziale estensione delle disposizioni in tema di appalti agli incarichi legali previsti dall'art. 17 del Codice.

Non è forse vero, ed ammesso da tutti gli operatori del settore, che il Codice del 2016 ha di fatto bloccato l'intero sistema degli appalti in tutt'Italia?

Ebbene, queste Linee guida non rischiano forse di produrre una situazione simile?

Quale sarebbe infatti il risultato se un'amministrazione affidasse un singolo incarico di patrocinio o di consulenza seguendo le regole fissate dalle Linee guida ed un avvocato impugnasse la determina a contrarre ritenendo che non sia stata data adeguata attuazione a quanto previsto dalle Direttive?

Se si considera che il settore degli appalti sia stato frenato dalla normativa introdotta dal D. Lgs. 50/2016 non è ragionevole prevedere che l'attività di difesa, di consulenza o di assistenza legale di un ente possa essere fermata, anche solo per breve tempo, dalla proposizione di un ricorso amministrativo proprio sulla scelta del professionista che lo debba assistere.

5. Le Linee guida, il divieto di *gold plating* ed il principio di concorrenza.

Le Linee guida non sembrano nemmeno del tutto conformi al generale divieto di c.d. *gold plating* introdotto dal diritto dell'U.E [78]. Preliminarmente chi scrive ritiene di condividere la tesi secondo la quale non si potrebbe nemmeno parlare propriamente di *gold plating* nel caso in esame [79], dal momento che le Linee guida emanate dall'ANAC hanno previsto la surrettizia estensione di regole che lo stesso diritto derivato dell'U.E. ha invece voluto esplicitamente escludere.

In ogni caso, si può ritenere che esse quantomeno violino lo spirito della disposizione citata, poiché sembrano suscettibili nella nozione di "livelli di regolazione superiori" non solo i casi d'introduzione di nuove regole non richieste dal diritto eurounitario, ma anche le ipotesi d'abrogazione, anche se tacite, di una regola già esistente [80]. La logica conclusione di questo ragionamento è che le Linee guida si pongano in contrasto anche sotto questo profilo con la fonte primaria e cioè con il combinato disposto degli artt. 4 e 17 del D. Lgs. 50/2016.

Merita inoltre di essere sottolineato che lo stesso Consiglio di Stato aveva già chiarito che il "*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*" va rettammente interpretato in una prospettiva di riduzione degli oneri non necessari e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive [81].

In questo senso si può ritenere che le Linee guida integrino la violazione del divieto in esame anche per il fatto di non aver tenuto nella debita considerazione i principi ed i diritti costituzionali sopra indicati, primo fra tutti quello di difesa.

Se si accoglie la tesi secondo la quale le Linee guida si pongono in violazione del divieto di *gold plating*, oltre che dei principi e diritti costituzionali menzionati, la legittimità delle Linee guida può essere contestata anche in ordine alla loro pretesa capacità di aumentare la concorrenza nell'affidamento di incarichi legali.

Infatti esse dovrebbero essere considerate come un ostacolo circa il raggiungimento della piena concorrenza nel settore in quanto regolamentazione inutile e sostanzialmente dannosa.

Innanzitutto si ravvisa un'evidente contraddizione nella scelta dell'ANAC di suggerire alle amministrazioni, quale possibile applicazione del principio di economicità, il confronto tra più preventivi al fine di svolgere una comparazione, con la natura asseritamente pro-concorrenziale delle linee guida stesse [82].

Va peraltro rilevato che l'interpretazione dei criteri di economicità e di efficacia compiuta dall'Autorità nonché le ragioni da essa addotte per giustificare un affidamento diretto possono con ogni probabilità determinare una diminuzione della capacità per gli avvocati più giovani di fare concorrenza ai colleghi più affermati.

Infatti non sembra del tutto peregrino ipotizzare che i responsabili dell'affidamento dei singoli incarichi legali, al fine di evitare giudizi di responsabilità contabile, possano conferire un rilievo determinante a criteri che portino a preferire professionisti più affermati anche quando l'incarico abbia un'importanza ed una complessità tale che potrebbe benissimo essere affidato, in virtù del principio di proporzionalità, ad un giovane professionista.

Va quindi censurata la contraddittorietà tra i criteri di efficacia ed economicità da un lato e quelli di parità di trattamento e di proporzionalità dall'altro, insita nell'interpretazione compiuta dall'Autorità.

In questo senso si può dire che appaiono destinate a rimanere mere enunciazioni di principio quei punti delle linee guida dove si afferma che "*i criteri di selezione non devono essere discriminatori e devono essere eliminati gli ostacoli o le restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione*" e che impongono alle amministrazioni "*di formulare requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto e al valore*

dell'appalto, nonché di predisporre procedure la cui complessità sia proporzionata alla tipologia di contratto che si intende affidare" [83].

Sebbene riferita ai servizi di cui all'allegato IX del Codice dei Contratti, analoga sorte spetta anche alla facoltà concessa alle amministrazioni di sostituire il criterio del fatturato con "*altra documentazione considerata idonea, quale una copertura assicurativa della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato con condizioni e massimali delle polizze superiori a quelli minimi stabiliti dal Ministero della Giustizia ai sensi dell'articolo 12, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.*" [84]: è infatti ingenuo credere che un giovane professionista possa sopportare da solo l'onere economico derivante dal premio di una siffatta assicurazione professionale.

Com'è facile intuire, nel primo caso sono molto basse le possibilità per un giovane avvocato di poter ottenere l'incarico, dal momento che, per le ragioni già espresse, è più probabile che un ente pubblico sia preoccupato di dare priorità al criterio di efficacia, affidando così la controversia o la consulenza ad un professionista già affermato [\[85\]](#).

Infine si deve ritenere controproducente, non solo per il buon andamento dell'amministrazione, ma anche per la libera concorrenza tra avvocati la scelta di individuare i contraenti privati per singoli incarichi legali tramite la predisposizione di elenchi, dal momento che ciò potrebbe comportare, come già prevedono alcune amministrazioni [\[86\]](#), la possibile esclusione degli avvocati che patrocinino controversie contro l'amministrazione in questione o i componenti dei suoi organi istituzionali e contro il personale dell'Ente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento delle funzioni.

A questo proposito occorre tenere presente che già l'art. 24 del Codice Deontologico impone agli avvocati di astenersi dall'incarico in caso di conflitto d'interessi.

Ma come si è detto delle due l'una.

O l'avvocato è un operatore economico e di conseguenza e, di conseguenza, questa limitazione non ha senso, oppure è un libero professionista legato da un rapporto fiduciario con il proprio cliente ed allora ha senso ritenere sussistente l'obbligo di astensione in ipotesi di conflitto d'interessi.

Come anticipato in precedenza [\[87\]](#), in ogni caso si deve ritenere che saranno ben pochi gli avvocati che accetteranno di iscriversi in questi "elenchi" solo per vedersi affidati singoli incarichi legali [\[88\]](#), perdendo così l'occasione di vedersi affidati incarichi contro l'amministrazione affidataria e senza particolari certezze di essere nuovamente incaricati in futuro dalla medesima.

6. Osservazioni conclusive

Le critiche finora espresse in merito all'interpretazione resa dall'ANAC riguardo gli artt. 4 e 17 del Codice dei contratti nelle linee guida sembrano escludere che l'Autorità abbia davvero fatto chiarezza nel settore.

Ci sarebbe aspettato che l' ANAC tenesse nella giusta considerazione la natura del contratto e del rapporto che lega il cliente all'avvocato, soprattutto negli incarichi di patrocinio, nonché i principi ed i diritti costituzionali e non coinvolti in materia.

Una soluzione coerente e soddisfacente avrebbe potuto essere quella di qualificare i singoli incarichi legali di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) del Codice dei Contratti come incarichi professionali di lavoro autonomo e ricondurne l'affidamento ai presupposti ed alla procedura prevista dall'art. 7, c. 6 del D. Lgs. 165/2001. L'opposta qualificazione del problema da parte dell'ANAC, se forse è idonea a chiarire i dubbi che avevano portato alcune amministrazioni a rivolgersi all'ANAC, non è certamente in grado di assicurare il rispetto dei principi costituzionali sopra indicati né a garantire una maggiore efficacia dell'attività della P.A.

Il semplice "buon senso" avrebbe dovuto indurre l'ANAC ad astenersi dal porre in essere una "forzatura" che è, prima ancora che con le norme, in contrasto con il "senso comune" e con una tradizione ormai millenaria.

In effetti, il rischio è quello di scambiare la giusta e necessaria pretesa di "rendere conto" della scelta effettuata, con la ben diversa applicazione di principi e di istituti (l'appalto di servizi, il mercato, la concorrenza), che ben poco o nulla hanno a che fare con il diritto di difesa e l'amministrazione della giustizia.

In realtà, la sostanziale riconduzione dei servizi legali indicati dall'art. 17, c. 1, lett. d) del D. Lgs. 50/2016 alle medesime regole previste per gli appalti pubblici pare motivata, almeno in parte, dall'esigenza di proteggere i dipendenti pubblici da possibili azioni di responsabilità contabile, poiché essi di fatto devono soltanto limitarsi a seguire pedissequamente quanto contenuto nelle Linee guida, se non vogliono incorrere nelle probabili censure di una certa parte della magistratura contabile.

L'impostazione seguita dalle linee guida assume peraltro una portata mortificante e svilente del ruolo e delle capacità dei pubblici dipendenti investiti della funzione di affidamento, considerati come soggetti privi di qualità e conoscenze tali da poter concorrere al buon funzionamento della medesima e, di conseguenza, del Paese.

Si auspica peraltro che i pubblici dipendenti decidano, per quanto loro possibile, di disattendere il contenuto delle Linee guida, in quanto pacificamente ritenute di natura non vincolante [\[89\]](#), assumendosi l'onore e l'onere di garantire sopra ogni cosa il buon andamento della P.A. affidando i singoli incarichi legali nel rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa e, in specie, dell'obbligo di motivazione.

Per di più la magistratura contabile non potrebbe nemmeno promuovere un giudizio di responsabilità contabile nei confronti del singolo dipendente che si discostasse motivatamente dalle Linee guida, dal momento che, se la determina a contrarre è formalmente legittima e perciò inattaccabile, la magistratura contabile non può addebitare nessuna responsabilità in capo al dipendente che abbia emanato il provvedimento medesimo, in quanto è precluso al giudizio di tali magistrati di potersi sostituire a quello circa la legittimità del provvedimento che compete ai magistrati amministrativi.

L'ultimo piano sul quale si può sindacare l'opportunità delle linee guida è proprio quello relativo all'impiego in un ambito come questo di uno strumento di c.d. *soft law*.

Non è questo il luogo per discutere del rapporto tra *soft law* e *hard law*, né dei casi e dei modi in cui la prima possa integrare la seconda.

Tuttavia pare più che lecito dubitare che sia appropriato demandare allo strumento delle Linee guida il compito di imporre regole alle pubbliche amministrazioni in merito all'individuazione del professionista di cui avvalersi, vista la rilevanza europea e costituzionale dei diritti, principi ed obiettivi coinvolti.

A parere di chi scrive solo il Parlamento ha la sostanziale legittimità di prendere posizione rispetto ad un siffatto problema oltre che possedere la necessaria visione d'insieme per risolverlo senza sacrificare nessuno degli interessi coinvolti. D'altronde si rileva come sia affidato alla normativa primaria il compito di disciplinare gli aspetti maggiormente rilevanti della professione [\[90\]](#).

Si auspica pertanto che i numerosi colleghi che siedono dentro al Parlamento si assumano la responsabilità di intervenire, magari con una norma d'interpretazione autentica dell'art. 17, c. 1, lett. d) del D. Lgs. 50/2016, se non, addirittura, con una regolamentazione esplicita e globale della questione, per ricondurre l'affidamento dei servizi legali agli avvocati del libero Foro entro i binari della fiducia prevista dalla Legge professionale, dal Codice deontologico e dal rapporto d'opera professionale e di patrocinio, evitando di considerare il contratto di patrocinio come un "bene fungibile", suscettibile di assegnazione a rotazione o addirittura estratto a sorte [\[91\]](#).

(* *Avvocato in Bologna, Docente a contratto presso l' IUAV di Venezia*

(il testo riprende alcune considerazioni svolte in occasione di un incontro sul tema svolto presso la Fondazione Forense di Bologna nel luglio 2018).

[\[1\]](#) Linee guida n. 12, adottate mediante delibera del Consiglio ANAC n. 907 del 24 ottobre 2018 e pubblicate in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale il 13 novembre 2018. Le linee guida sono entrate in vigore 15 giorni dopo la loro pubblicazione, il 28 novembre 2018.

[\[2\]](#) Sul piano metodologico si ritiene utile indicare che, sebbene tra i servizi legali di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) del D. Lgs. 50/2016 siano ricomprese anche prestazioni tipiche dei notai e di altri professionisti del diritto, il presente contributo si limita a considerare l'impatto sui servizi legali di competenza degli avvocati disciplinati ai punti 1, 2 e 5 dell'articolo citato.

[\[3\]](#) Cfr. determinazione n. 4 del 7.7.2011 dell'A.V.P.C., avente ad oggetto la tracciabilità dei flussi finanziari, che

rilevava incidentalmente come per i servizi legali *“il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell’ambito della prestazione d’opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa”* (par. 4.3, pag. 32). Tale determinazione è stata modificata dalla determinazione n. 556 del 31.5.2017 dell’ANAC ove, continuando a ritenere i servizi legali sottoposti alla normativa relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari, emerge già la linea interpretativa seguita nelle linee guida n. 12 oggetto del presente contributo (par. 3.3, pag. 20-21).

[4] Sebbene le linee guida di cui si discute sono state ritenute di natura non vincolante, esse assumono indubbiamente un’enorme rilevanza, dal momento che costituiranno comunque un parametro di riferimento che difficilmente sarà disatteso dalle singole amministrazioni al fine di ridurre al minimo le possibili responsabilità penali e contabili.

[5] In tale direzione muovono, ad esempio, le disposizioni contenute all’interno dell’R.D. 1611/1933 in materia di rappresentanza necessaria delle amministrazioni dello Stato e di rappresentanza facoltativa degli enti non statali. Più in generale si pensi all’istituzione delle c.d. avvocature interne negli enti locali, nelle Regioni o negli enti pubblici economici e non.

[6] Cfr. le eccezioni ai principi di rappresentanza necessaria e facoltativa, rispettivamente, delle amministrazioni statali e non statali previste dagli artt. 5 ed art. 43 dell’R.D. 1611/1933 nonché la normativa relativa al conferimento degli incarichi individuali di lavoro autonomo prevista dall’art. 7, 5-bis, 6, 6-bis e 6-ter del D. Lgs. 165/2001 applicabile, per effetto del rinvio dinamico previsto dall’ultimo comma citato ai regolamenti di cui all’art. 110 T.U.E.L, anche agli enti locali.

[7] D’ora in avanti citato anche come Codice dei Contratti.

[8] La linea di demarcazione tra le due figure contrattuali è stata tradizionalmente individuata nell’elemento dell’organizzazione. L’appaltatore esegue l’opera commissionata mediante un’organizzazione di tipo imprenditoriale mentre il prestatore d’opera intellettuale svolge la propria prestazione con prevalente lavoro personale, a ciò non ostando l’impiego di collaboratori secondo il modello della piccola impresa di cui all’art. 2083 c.c. Cfr. Cass., sez. II, sent. 7307/2001.

[9] Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 2730/2012; TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. 1383/2014; TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. 1197/2015; Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Basilicata, delibera 19/2009/PAR.

[10] Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 2730/2012: *“In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L’affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l’oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell’Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce”*.

[11] Nel testo si farà riferimento soltanto alla dir. 2014/24/UE, vista l’omogeneità di contenuti con le dir. 2014/23/UE e 2014/25/UE.

[12] Cfr. Parere CNF del 15 dicembre 2017, p. 3.

[13] Cfr. Parere CNF del 15 dicembre 2017, p. 2-3.

[14] Nella categoria sembra suscettibile di rientrare anche il c.d. contenzioso seriale. In tal senso Relazione Air alle Linee Guida n. 12, p. 5.

[15] Art. 17, c. 1, lett. d), D. Lgs. 50/2016: *“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...) d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:*

1) *rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni; 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;"*

[16] Cfr. Linee Guida ANAC n. 12, p. 3.

[17] Art. 4, D. Lgs. 50/2016: *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica."*; sull'interpretazione tali principi si tornerà più ampiamente *infra*.

[18] Cfr. Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per l'Emilia – Romagna, delibere 4/2018, 82/2018, 105/2018.

[19] Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, sent. 334/2017.

[20] Cfr. Dir. 2014/24/UE, art. 1, c. 1, n. 5: *"contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi"*.

[21] Cfr. nota 15

[22] Cfr. Linee guida ANAC, par. 3.1.3 e 3.1.4, p. 9-10.

[23] In questo senso si può certamente affermare che sebbene il diritto dell'U.E. non conosca la nozione di interesse legittimo, peraltro assente anche in altri ordinamenti dei paesi membri, ciò non significa che nell'ordinamento italiano essa sia divenuta priva di valore e sostanzialmente abrogata. Vale la pena di ricordare che la stessa categoria dell'interesse legittimo in realtà è stata ampiamente influenzata dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria, come dimostra la sent. 500/1999 della Corte di Cassazione, con la quale si è affermata la risarcibilità dell'interesse legittimo. Cfr. Parere CNF del 15 dicembre 2017, p. 16.

[24] La direttiva 2004/18/CE definiva gli appalti pubblici come: *"Contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva."*; non si rileva quindi pressoché nessuna differenza rispetto alla definizione contenuta nella direttiva 2014/24/UE per la quale si veda la nota n. 20.

[25] Peraltro non ravvisabile, come scritto in precedenza, in base alla lettera delle definizioni contenute nelle direttive del 2004 e del 2014 citate.

[26] Cfr. Considerando n. 4 Dir. 2014/24/UE: *"La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe*

essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali.”

[27] Cfr. Considerando n. 25 Dir. 2014/24/UE: *“Taluni servizi legali sono forniti da prestatori di servizi designati da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati, devono essere prestati da notai o sono connessi all’esercizio di pubblici poteri. Tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti, come può succedere ad esempio per la designazione dei pubblici ministeri in taluni Stati membri. Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall’ambito di applicazione della presente direttiva.”*

[28] Chiti M.P. (2016), ‘Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici’, in *Giornale di diritto amministrativo*, 436-443.

[29] Cons. Stato, Parere n. 855 del 1 aprile 2016, p. 14.

[30] Cfr. Cons. 1 dir. 2014/24/UE: *“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici.”*

[31] Cfr. CGCE, 4 dicembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*: *“Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall’art. 189 (ora art. 288 TFUE), alla direttiva l’escludere, in generale, la possibilità che l’obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità dell’Unione europea abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell’atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario”.*

[32] Cfr. CGCE, 5 aprile 1979, sentenza *Ratti* che fa dipendere l’esistenza dell’effetto diretto non dai caratteri oggettivi della disposizione della direttiva considerata, ma quale forma di sanzione per la mancata attuazione della direttiva da parte dello Stato membro.

[33] Cfr. Cons. Stato, sent. 2730/2012 secondo la quale: *“l’attività di selezione del difensore dell’ente pubblico, pur non soggiacendo all’obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare”.*

[34] Cfr. CGCE, 13 novembre 1990, sentenza *Marleasing*: *“nell’applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultima e conformarsi pertanto all’art. 249, c. 3, del Trattato CE (ora art. 288 TFUE).”* In tal senso anche sentenza CGUE, 24 gennaio 2012, sentenza *Dominguez*.

[35] Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2730/2012 ove viene espressamente affermata l’incompatibilità del singolo incarico di patrocinio con una selezione dell’avvocato mediante un procedimento di gara *“alla luce dell’aleatorietà dell’iter del giudizio, della non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione e della conseguente assenza di basi oggettiva sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici”.*

[36] In proposito occorre tenere presente che il contratto di patrocinio non può essere equiparato tout court al mandato: infatti nel contratto di patrocinio viene accentuato il rapporto fiduciario tra il patrocinato-mandante e il patrocinatore-mandatario; inoltre il patrocinatore compie atti che per legge solo egli può compiere, i cui effetti sono predeterminati dalla legge e non dalla volontà del patrocinato e che si producono sempre e comunque nella sfera

giuridica di quest'ultimo, non essendo previsto un meccanismo analogo a quello della ratifica.

[37] Cfr. Parere CNF del 15 dicembre 2017, p. 5.

[38] Cfr. Corte Cost., sent. 46/1957 in cui la difesa è riconosciuta come “*esercizio di funzione pubblica*” e Corte Cost., sent. 137/1975 dove viene affermato che “*gli avvocati si trovano in una posizione oggettivamente peculiare che vale a differenziare la professione da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale.*”.

[39] Cfr. L. 247/2012, art. 1, c. 2, lett. c): “*L'ordinamento forense, stante la specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta: tutela l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale*”; art. 11, c. 2, Codice Deontologico Forense: “*Il rapporto con il cliente e la parte assistita è fondato sulla fiducia*”.

[40] Cfr. L. 247/2012, art. 2, c. 1.

[41] Cfr. art. 2, c. 4. L. 247/2012: “*L'avvocato, nell'esercizio della sua attività, è soggetto alla legge e alle regole deontologiche*” ed art. 3, c. 3, l. 247/2012: “*L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF 3 ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti*”.

[42] P. Michiara, *Incarichi e Legge professionale*, Relazione al Convegno di Parma del 21 aprile 2014.

[43] Cfr. art. 35 Codice Deontologico. Si pensi, al riguardo, a bandi di gara che, viceversa, impongono di esplicitare ai fini della selezione gli incarichi pregressi.

[44] Cfr. art. 24 Codice Deontologico.

[45] La parola avvocato deriva dal participio passato del verbo latino *advocare*, che letteralmente significa “chiamato a”. L'avvocato non è soltanto chiamato alla difesa giudiziaria del proprio assistito, ma presta un'attività che è funzionale all'intera amministrazione della giustizia.

[46] Cfr. con la L. 146/90 che qualifica la prestazione dell'avvocato come addirittura un “servizio pubblico essenziale” e l'importante e recente Cass., S.U., sent. 9861/2017 con la quale è stata ribadita con decisione “*la forte valenza pubblicistica dell'attività forense*” e riconosciuto che “*il rapporto tra cliente e avvocato non è soltanto un rapporto privato di carattere libero professionale e non può perciò essere ricondotto puramente e semplicemente ad una logica di mercato*”, in quanto è indubbia la “*stretta connessione fra l'attività libero-professionale e l'esercizio della giurisdizione*”. Va inoltre valorizzato il fatto che sia la l. 214/2017 che l'art. 2 del Codice Deontologico qualificano l'avvocato come un libero professionista e non come un operatore economico.

[47] Cfr. artt. 96, 106 e 107 c.p.p.; artt. 83, 85 e 88 c.p.c.; artt. 22 e 24 c.p.a.

[48] Art. 6, c. 3, lett. c) CEDU: “*Ogni accusato ha diritto soprattutto a: (...) difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di sua scelta*”.

[49] Art. 47, c. 2, Carta di Nizza: “*Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*”.

[50] Art. 24 Cost: “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”.

[51] L'art. 24 Cost. indica “*tutti*” come soggetti titolari del diritto di difesa; l'art. 6 CEDU invece lo attribuisce ad ogni persona accusata in via generica, all'interno della quale nozione possono essere ricomprese tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche coinvolte in processi penali, civili, amministrativi, contabili, tributari ecc.

[52] Art. 113 Cost.: “*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei*

diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”.

[53] Cfr. A. Zoppini, *I diritti della personalità delle persone giuridiche e dei gruppi organizzati*, in Scritti in onore di P. Schlesinger, p. 874.

[54] Art. 97, c. 2, Cost.: *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*.

[55] Non è forse concepibile il buon andamento della P.A. anche nella sua dimensione di garantire la stabilità dei propri atti e la certezza delle proprie situazioni giuridiche soggettive, attraverso l'esercizio del diritto sancito dall'art. 24 Cost.? Non è anche in questo senso che va valutata la capacità delle amministrazioni di agire non in termini di atti, ma di risultato?

[56] Cfr. C. Cost., sent. 333/1993.

[57] Si pensi ad esempio alla regola della rotazione, la quale potrebbe addirittura essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile nel caso in cui si rivelasse, come è altamente probabile, una scelta impropria. Ma anche alla costituzione degli elenchi che, imponendo all'avvocato l'applicazione dell'obbligo di astensione ex art. 24 Codice Deontologico (conflitto di interessi), potrebbe produrre molto probabilmente l'effetto perverso di scoraggiare la maggior parte degli avvocati più affermati dall'isciversi, al fine di poter mantenere o conseguire una clientela privata “avversaria” dell'amministrazione considerata, così pregiudicando la possibilità per la medesima di poter ricorrere alla loro opera e, di conseguenza, il buon andamento della stessa (a meno di non optare per l'affidamento diretto se l'effetto ipotizzato si avverasse).

[58] Conseguibile ad esempio mediante la pubblicazione di apposito avviso sull'albo pretorio e delle offerte provenienti dagli interessati.

[59] Cfr. A. Zoppini, *I diritti della personalità delle persone giuridiche e dei gruppi organizzati*, in Scritti in onore di P. Schlesinger, 2004.

[60] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 14.09.2017 n. 01502/2017

[61] Si pensi, ad esempio, al diritto all' integrità fisica, all' identità personale, all' onore ed alla reputazione, ecc.

[62] Si pensi al difensore di fiducia rispetto al difensore d'ufficio o a quanto dispone l'art. 32 della Costituzione circa l'eccezionalità dei trattamenti sanitari obbligatori.

[63] In tal senso TAR Puglia, Lecce, sent. 1423/2017 che ha ammesso la possibilità di costituzione in proprio del Responsabile dell'Ufficio e del Tecnico Istruttore, *“non già in rappresentanza dell'ente cui appartengono ma al mero scopo di difendere la loro posizione “tecnica” in quanto soggetti coinvolti nel procedimento che ha comportato la reiezione dell'istanza della ricorrente.(...) Nella specie, l'interesse dei tecnici intervenienti risulta indubbiamente sussistente, come peraltro adombrato dalle stesse parti in sede di discussione, dalla necessità di difendere i propri atti da eventuali riflessi in termini di ricadute patrimoniali (in caso di azioni di responsabilità) professionali.*

[64] E' questo il caso del rito super accelerato in tema di appalti, ma anche delle preclusioni che derivano da attività difensive svolte in ritardo.

[65] Cfr. *infra*.

[66] Con riferimento invece al criterio di equa ripartizione espresso dall'ANAC non sembra possibile muovere critiche in linea di principio, atteso che, per quanto ogni professionista abbia competenze ed esperienze che lo distinguono dagli altri, esistono molti avvocati altamente competenti ed esperti nel proprio settore di specializzazione. Tale criterio ha inoltre il pregio di consentire all'amministrazione di poter esercitare quella discrezionalità che le linee guida sembrano voler eccessivamente imbrigliare.

[67] Non si comprende nemmeno la distinzione compiuta dall'ANAC secondo la quale *“alcune di tali attività si risolvono in obbligazioni di mezzi e non di risultato”*, dal momento che la Cassazione ha da tempo riconosciuto la portata meramente descrittiva della classificazione citata. Cfr. S.U. Cass., sent. 15781/2005.

[68] Rientra nel caso in esame ad esempio l'attività di studio della normativa e di assistenza legale fornita all'ente nella redazione di atti amministrativi tecnici come ad esempio un accordo di programma in materia urbanistica.

[69] Cfr. Parere Cnf, pag. 12

[70] E in verità non sono forse le stesse linee guida ad ammettere implicitamente l'esistenza di un rapporto fiduciario tra il singolo avvocato e l'ente affidatario, dal momento che l'interpretazione dei principi di cui all'art. 4 del Codice dei Contratti compiuta dall'ANAC è in verità tale da far riemergere tutti quegli aspetti che sono usualmente presi in considerazione dal patrocinato per individuare l'avvocato che reputa degno di maggior fiducia.

[71] Cfr. Linee guida n. 12 ANAC, p. 7

[72] Cfr. Linee guida n. 12 ANAC, p. 7: *“tuttavia, il richiamo all'economicità implica la necessità di tener conto dell'entità della spesa e di accertarne la congruità”*.

[73] Cfr. Linee guida n. 12 ANAC, p. 7

[74] Cfr. D.M 37/2018 recante modifiche al D.M. 55/2014, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 247/2012.

[75] Cfr. TAR Puglia, Lecce, sent. 1423/2017.

[76] Cfr. TAR Puglia, Lecce, sent. 1423/2017 dove si evince che la parte sta in giudizio come Tecnico Istruttore e quindi quale organo della P.A. e non come persona fisica nonché per l'aver conferito la procura al difensore quale legale rappresentante p.t. dell'Ufficio Tecnico di appartenenza.

[77] Si veda per il personale degli enti locali l'art. 67, d.P.R 268/1987: *“L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento. In caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o con colpa grave, l'ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni grado di giudizio.”*; per il personale statale, l'art. 18 del D.L. 25/03/1997 n. 67: *“Le spese legali relative a giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato. Le amministrazioni interessate, sentita l'avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità”*; per i giudizi di responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei Conti, l'art. 3, c. 2-bis del d.l. n. 543 del 1996: *“In caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza”*; le diverse previsioni dei contratti collettivi del personale pubblico contrattualizzato dettate per ciascun comparto.

[78] Cfr. art. 1, c. 1, lett. a) l. 28 gennaio 2016, n. 11 che ha posto il *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'art. 14, c. 23-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246”*.

[79] Cfr. Parere CNF del 15 dicembre 2017, p. 23.

[80] Cfr. A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici, tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2015, 1127 e ss.

[81] Cfr. Cons. Stato, parere 855/2016, p. 15.

[82] Infatti già il parere del Consiglio di Stato relativo allo schema del Codice dei Contratti, nell'analisi dell'art. 4, ha affermato espressamente che è volta a favorire l'aumento della concorrenza l'eliminazione della regola prevista dall'art. 27 del D. Lgs. n. 163/2006 secondo la quale l'affidamento doveva essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti.

[83] Cfr. Linee guida ANAC, p. 8-9.

[84] Cfr. Linee guida Anac, par. 3.2.4., pag. 12.

[85] E anche sotto questo aspetto non si ravvisa nessuna differenza tra un ente pubblico e un privato come cliente. Tutti i clienti, a prescindere dalla loro natura giuridica, sono maggiormente propensi a riporre fiducia nei confronti di professionisti già affermati; di conseguenza, soprattutto in un momento storico come quello presente, caratterizzato da una decennale crisi economica e finanziaria e dall'esplosione delle responsabilità dei pubblici dipendenti, appare molto ingenuo credere che anche il più piccolo Comune possa essere intenzionato a ricorrere all'opera di un giovane avvocato. Infine, va considerato che la stessa professione prevede nella stragrande maggioranza dei casi un certo numero di anni di c.d. "gavetta" presso uno studio ben avviato, prima che il giovane professionista, ormai non più giovane, riesca a costruire una propria rete di contatti, relazioni, a farsi conoscere e a fondare un proprio studio legale.

[86] Cfr. delibera 501/2018 Regione Emilia-Romagna.

[87] Cfr. nota 57.

[88] La costituzione di elenchi potrebbe invece aver senso per l'affidamento di servizi legali rientranti nell'all. IX del D. Lgs. 50/2016 sebbene non sia espressamente prevista dalle linee guida.

[89] Cfr. Parere Ministero Giustizia, p. 2 e Parere Cons. Stato, n. 2017/2018, p. 2. In proposito va ricordata la distinzione compiuta dalla dottrina tra linee guida tipiche ed atipiche. Le prime sono quelle che il Codice del 2016 richiama in precise disposizioni che l'ANAC adotta a volte obbligatoriamente, altre volte facoltativamente, e che spesso hanno funzione integrativa della disciplina primaria più che di atti di indirizzo, secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega. Le linee guida atipiche sono quelle previste dall'art. 213, c. 2, del D. Lgs. 50/2016, che si limita ad individuarne le finalità in termini generali: promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, omogeneità dei procedimenti amministrativi e sviluppo delle migliori pratiche. A parere di chi scrive le linee guida n. 12 non hanno funzione integrativa della disciplina primaria e rappresentano meri strumenti di regolazione di carattere flessibile anche in ragione del rinvio contenuto nella premessa all'art. 213, c. 2 del d.lgs. citato.

[90] Cfr. in tal senso D.M. 37/2018 in applicazione della legge sull'equo compenso.

[91] Cfr., sul punto, RUSSO A, *Dalla straordinarietà all'ordinarietà dell'affidamento diretto del patrocinio legale: brevi note a margine del parere del consiglio di stato e delle linee guida ANAC sugli affidamenti dei servizi legali*, in *Federalismi*, 22/2018.