

Dal rito degli appalti agli incarichi legali: le riforme “anti-avvocati” durano poco

STEFANO BIGOLARO*

Certe idee, sulla carta, funzionano. Si presentano innovative e accattivanti. Ma la realtà si occupa di dimostrarne i limiti, e impone dei ripensamenti. Se, nel frattempo, il sistema è stato cambiato per far posto al nuovo, i costi dei ripensamenti possono essere pesanti. Per il tempo, l'impegno e le risorse che sono andati perduti, ma anche per l'incertezza e il vuoto di tutela che ne sono derivati. Tre esempi di tutto ciò sono imposti dall'attualità.

Il primo è il rito super-speciale degli appalti (art. 120 co. 2 bis cpa). Caratterizzato, in particolare, dal fatto che un concorrente è costretto a impugnare l'ammissione di tutti gli altri immediatamente, quando cioè non ha ancora interesse a farlo (perché non sa come potrà concludersi la gara). Se non impugna, quei vizi non li potrà più far valere. La logica di questo rito, sulla carta, è chiarissima: va sgombrato il campo dalle contestazioni relative alla prima fase di gara – in cui si definisce il “parterre” dei concorrenti ammessi – prima che inizi la seconda, quella dell'esame delle offerte. Ha funzionato? La risposta non può che essere negativa. La nuova norma ha posto problemi tecnici degni dei più complicati giochi di società. E soprattutto

ha contribuito a impedire le contestazioni giudiziarie, in sinergia con l'abnorme contributo unificato imposto in tema di appalti.

Ora, semplicemente, il rito super-speciale non c'è più, definitivamente abrogato dalla legge di conversione del dl sblocca-cantieri (legge 55/2019). Bene così: saranno in pochi a rimpiangerlo. Ma le conseguenze rimangono, per coloro che avevano fatto ricorso assoggettandosi a quel rito (per i quali quel rito continua ad applicarsi); e soprattutto per coloro che non avevano fatto ricorso secondo quel rito, rinunciando poi a contestare l'esito della gara. **Il secondo esempio riguarda la “soft law”** – fatta di linee guida Anac e di decreti – che avrebbe dovuto accompagnare il nuovo codice dei contratti pubblici sostituendo il tradizionale regolamento. Doveva essere una riforma epocale. Ha funzionato? Difficile apprezzare i pur suggestivi ragionamenti sulla flessibilità delle fonti del diritto, a fronte di una “soft law” fatta di testi a emanazione rallentata, progressiva, lacunosa, e spesso con una formulazione non precettiva: dell'intero sistema – come un “collage” fatto di tessere che non si incastrano – si è perso rapidamente il quadro e il senso complessivo. E forse il problema sta in un presupposto di base: che l'autorità su cui il sistema si incentra

ga il nome dall'obiettivo, quello della lotta alla corruzione. Il che finisce per fondarne una competenza multiforme e non predefinita.

Insomma, il sistema della “soft law” si è rivelato ingovernabile. Ed è ora in via di superamento, col ritorno allo strumento tradizionale del regolamento attuativo (è il nuovo co. 27 octies dell'art. 216 codice contratti). I modi sono ancora incerti e discutibili, ma la direzione è chiara, e la riforma epocale è forse rimandata ad altra epoca.

Il terzo esempio è meno generale, ma ugualmente significativo: è l'affidamento degli incarichi legali da parte delle amministrazioni pubbliche. Al riguardo sono intervenute, dopo lunghe vicissitudini, le linee guida 12 del 2018 dell'Anac. Il sistema, come ricostruito dall'Anac, presuppone che nessun incarico legale possa considerarsi davvero sottratto alla normativa sugli appalti di derivazione europea; e, in questa visione pan-appaltistica, annullarebbe la specialità della professione forense, che pure ha alla sua base precisi fondamenti costituzionali (perché l'avvocato esercita una funzione di rilevanza pubblica: è strumento necessario all'esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.). Da qui, l'indicazione dell'Anac che ogni amministrazione deb-

ba costantemente tenere un elenco di avvocati, aperto a chi chieda di entrare a far parte, tra cui scegliere a chi attribuire di volta in volta ogni incarico. Ma il sistema sconta un errore: la direttiva sugli appalti non ha mai inteso riferirsi a tutti i servizi legali, e in particolare non ha inteso riferirsi agli incarichi in vista di procedimenti giudiziari. Ciò è detto ora, senza mezzi termini, nella recente sentenza del 6 giugno 2019 della Corte di Giustizia, C264/18, relativa agli avvocati del Belgio (ben illustrata da Giulia Merlo sul *Dubbio* del 21 giugno). Qui non è neppure necessario un ripensamento a livello normativo; e probabilmente sarà la desuetudine – per l'oggettiva difficoltà di gestione di un simile sistema – a segnare la sorte degli elenchi. Tre esempi, una lezione. Viene naturale chiedersi se una preventiva verifica della realtà, con chi concretamente vi opera, avrebbe potuto evitare costruzioni giuridiche che funzionano solo sulla carta. E forse di lezioni ce n'è anche un'altra. Su tutti e tre i temi, le voci critiche dell'avvocatura non sono mancate. Espresse in articoli, prese di posizione, convegni. E dunque: esprimere una posizione non preconcetta, ma concreta e documentata, non è mai inutile.

* presidente Associazione veneta degli avvocati amministrativisti