

UMBERTO FANTIGROSSI
IL MANDATO DIFENSIVO
E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (*)

La maggior parte delle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato non hanno al loro interno avvocati dipendenti e quindi si avvalgono del libero foro. Prima dell'emanazione del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016) la giurisprudenza prevalente, amministrativa e contabile, era giunta ad affermare che il singolo mandato difensivo o anche l'incarico di una specifica consulenza non sono riconducibili al concetto di servizio, trattandosi di una prestazione d'opera intellettuale, caratterizzata dal carattere fiduciario del rapporto. E che si possa quindi escludere la necessità di procedere alla scelta del professionista tramite gara. Su questa linea è attestata anche una recente sentenza della Corte dei Conti (Sez. Giur. Calabria, n. 344 del 27 dicembre 2016).

Si tratta di un'impostazione che valorizza i connotati specifici e differenziali dell'attività del libero professionista, secondo una linea che porta ad unità questa particolare figura di prestatore d'opera e ne fa conseguire regole coerenti ed omogenee nei vari contesti. Tale soluzione viene oggi messa in discussione - paradossalmente per le ragioni che dirò - proprio a seguito della più recente disciplina degli appalti e quindi capita sempre più spesso di vedere la pubblicazione di avvisi con i quali enti pubblici indicano gate per l'affidamento di incarichi difensivi agli avvocati, assegnando l'incarico al massimo ribasso. Peraltro il nuovo codice ha testualmente inserito questi mandati difensivi tra gli appalti esclusi (art. 17, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016), il che farebbe operare il richiamo dell'art. 4 ai principi generali, relativi all'affidamento di contratti pubblici, e quindi, in sostanza, a quello della gara, o della "mini gara", come qualcuno ha suggerito. Esiste però un dato testuale, che viene trascurato dai sostenitori dell'equiparazione dei mandati difensivi ai contratti d'appalto e che fondano la loro posizione sul richiamo dell'art. 4 del codice degli appalti: questa disposizione infatti espressamente dispone in ordine ai "contratti pubblici" e tali sono, in questo specifico contesto normativo, unicamente quelli che corrispondono alla definizione posta dal precedente art. 3, comma 1, lettera dd) "i contratti d'appalto o di concessione...". Il che fa tornare in evidenza la

(*) Presidente dell'Unione nazionale avvocati amministrativisti.

differenza strutturale ed ontologica tra appalto e mandato difensivo. Il primo infatti è per definizione del nostro codice civile (art. 1655 c.c.) quel contratto che trasferisce il rischio connesso al compimento dell'opera o del servizio, elemento assolutamente assente nel contratto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.) che si caratterizza proprio per l'assenza di questo elemento connesso al risultato e al relativo rischio.

Deve inoltre essere dato il giusto rilievo al "considerando" n. 25 della direttiva n. 24/2014, che esplicita *la ratio* di escludere "dall'ambito di applicazione della presente direttiva" (oltre ai servizi prestati dai notai o quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri) quelli che "comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari".

A tutti gli elementi formali individuati si aggiungono poi considerazioni di carattere logico, a favore di una soluzione diversa da quella della gara d'appalto assegnata al miglior offerente. Sotto un primo profilo, appare ancora una volta paradossale che proprio per questa tipologia di prestazioni, che si caratterizzano per il rilievo assoluto dei profili di competenza del professionista, si mantenga come criterio di aggiudicazione preferenziale quello del minor prezzo, quando proprio la recente riforma individua come criterio di aggiudicazione preferenziale ed anzi obbligatorio in alcuni settori in cui prevale l'esigenza di qualità (esempio per i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica), quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo.

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