

Le pubbliche amministrazioni e gli avvocati: cosa cambia, tra equo compenso, parametri e specializzazioni

Nel rapporto tra pubbliche amministrazioni e avvocati (ma il discorso riguarda anche gli altri professionisti) c'è ora qualcosa di nuovo, che incide su un tema – quello degli affidamenti – divenuto sempre più complesso e dibattuto.

La legge sull'equo compenso e la legge di bilancio 2018

E' diventato legge l'equo compenso (con le modifiche poste, in sede di conversione del d.l. 16.10.2017 n. 148, dalla l. 4.12.2017 n. 172, che ha inserito nel testo del decreto l'articolo 19 quaterdecies, il cui primo comma - in particolare – ha introdotto l'art. 13 bis della legge 247/2012 sull'ordinamento forense).

E queste norme sono state ora modificate e precisate in sede di legge di bilancio 2018 (legge 27.12.2017, n. 205, art. 1, co. 487 e 488).

Il percorso parlamentare che ha portato alla nuova disciplina è stato lungo e quanto mai tormentato, e il riconoscimento dell'equo compenso ha finito per acquisire un'ampia portata, che trascende gli specifici contenuti delle disposizioni introdotte e che si riconduce alla necessità che sia assicurato un equilibrio tra mercato e diritti del professionista (e, quanto agli avvocati, tra economia e giustizia).

La *ratio* di partenza dell'intervento legislativo è stata l'esigenza di tutela degli avvocati nei rapporti professionali con i clienti "forti", quali le banche, le assicurazioni e le grandi imprese (così il primo comma del nuovo articolo 13 bis l. 247).

Ma la disciplina dell'equo compenso, sull'onda delle questioni legate alla tutela degli avvocati, è stata estesa anche agli altri professionisti (con il comma 2 dell'art. 19 quaterdecies d.l. 148 cit., il quale stabilisce che le disposizioni di cui all'articolo 13 bis della legge 247/2012 "*si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017 numero 81 ...*", cioè la legge sulla tutela del lavoro autonomo).

E soprattutto - ai fini qui in esame - il riconoscimento dell'equo compenso è stato esteso nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Dispone infatti il comma 3 dell'art. 19 quaterdecies del d.l. 148 cit. che "*la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*".

Tale estensione di disciplina appare pienamente in linea con la *ratio* legislativa, perché la pubblica amministrazione - in virtù delle regole formali del suo operato e della normazione specifica dei rapporti che la riguardano - costituisce un cliente certo non meno "forte" di banche, assicurazioni e grandi imprese.

Quando il compenso è equo

A dire il vero, non era chiaro – in base al testo originario delle nuove norme - quando il compenso fosse equo.

Stabiliva il secondo comma dell'articolo 13 bis cit. che il compenso si considera equo "*quando risulta proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6*".

Una definizione, insomma, che per un verso richiama l'art. 36 della Costituzione ("*il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro...*"), e proprio per questo non può avere un contenuto precettivo dettagliatamente specificato; e che - per altro verso - non poneva una sicura corrispondenza tra equo compenso e parametri.

Cosa vuol dire, infatti, che l'equo compenso va determinato "tenuto conto" dei parametri? Si "tiene conto" dei parametri se il compenso, pur determinato anche in base ad essi, se ne allontana poi in modo consistente?

Opportuna ed efficace è stata quindi l'introduzione - in sede di legge di bilancio 2018 (l. 27.12.2017 n. 205) - di una diversa formulazione della norma, in base alla quale l'equo compenso dev'essere ora "*conforme ai parametri*".

L'espressione potrebbe non suonare ancora come vincolante ("conforme" non è "uguale"). Ma in realtà i margini di incertezza sembrano venir meno: conformarsi ai parametri non può che voler dire rispettarli.

L'Antitrust e i minimi tariffari

Dietro c'è un problema di fondo, reso palese dall'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato subito prima dell'approvazione della legge 172.

Con una comunicazione del 24 novembre 2017 indirizzata ai Presidente della Camera e del Senato e al Presidente del Consiglio dei Ministri, l'Autorità aveva infatti espresso tutta la propria contrarietà alla nuova disciplina dell'equo compenso, riconducendola alla tematica dei minimi tariffari.

Scrivendo l'Autorità: "*La norma, nella misura in cui collega l'equità del compenso ai parametri tariffari contenuti nei decreti anzidetti, reintroduce di fatto i minimi tariffari, con l'effetto di ostacolare la concorrenza di prezzo tra professionisti*".

E ancora: "*Con riferimento alla pubblica amministrazione, si osserva poi che, in base al comma 3 dell'articolo in esame, la PA è tenuta a garantire «il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore della presente legge». È dunque preclusa alla PA la possibilità di accettare prestazioni con compensi inferiori a quelli fissati nei decreti ministeriali.*"

Concludeva l'Autorità: "*Si tratta (...) di misure che, al di là delle motivazioni che le vorrebbero giustificare, ripropongono appieno gli stessi problemi concorrenziali che l'Autorità ha avuto in più*

occasioni modo di segnalare in tema di tariffe minime. Secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, infatti, le tariffe professionali fisse e minime costituiscono una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione".

A presupposto delle sue drastiche conclusioni, l'Autorità postulava una piena corrispondenza tra equo compenso e parametri che all'epoca la legge non poneva (prescrivendo allora che l'equo compenso dovesse solo "tener conto" dei parametri)

Ma, siccome ora quella corrispondenza c'è (per effetto della legge di bilancio 2018, che impone la conformità ai parametri), le considerazioni dell'Autorità sono divenute pertinenti.

Pertinenti, ma non insuperabili: se la tematica dell'equo compenso ha finito per sovrapporsi a quella dei minimi tariffari, non sembra comunque esserci nessuna preclusione di matrice europea alla nuova disciplina legislativa.

Sulla questione dei minimi tariffari per gli avvocati (che certo meriterebbe ben più ampio approfondimento), per lungo tempo si è ripetuto che essi sarebbero incompatibili con l'Europa; ma le cose non stanno così.

Al riguardo, il riferimento più chiaro è la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 8.12.2016 C 532-538/2015, che legittima i minimi tariffari per gli avvocati di Saragozza.

In quel caso la Corte si è trovata ad esaminare, e ha ritenuto non contraria all'art. 101 TFUE, una normativa che assoggetta gli onorari degli avvocati a un importo obbligatorio predeterminato - una tariffa - che può essere aumentato o diminuito solamente del 12%, e al quale i giudici nazionali sono vincolati, senza essere in grado di derogare ad esso in casi eccezionali o di verificare la proporzionalità degli importi degli onorari rispetto al servizio prestato.

Ora, non si vede ragione per cui quel che vale a Saragozza non debba valere anche qui da noi.

Né a conclusioni opposte impone di giungere la sentenza della Corte 23.11.2017 C 427-428/16, pur qualificata nelle notizie di prima lettura come condanna delle tariffe minime degli avvocati; al contrario, essa legittima un sistema in cui i minimi tariffari siano fissati, nel rispetto di criteri di interesse pubblico, dai poteri pubblici (e non da operatori economici privati). Elementi, questi, che sono certamente presenti nel sistema italiano quale ora complessivamente determinato dalla nuova normativa di legge e – quanto agli avvocati - dai parametri di cui al D.M. 55/2014, adottato ai sensi dell'art. 13, co. 6, l. 247/2012).

Le gare al massimo ribasso

In ogni caso, la nuova disciplina certamente impedisce fin d'ora che le pubbliche amministrazioni continuino a basarsi sulle gare al massimo ribasso per la scelta del legale, succeda quel che succeda quanto al risultato finale.

Tali gare si sono ad oggi ampiamente diffuse, con esiti spesso paradossali, lesivi per il prestigio della categoria e potenzialmente pregiudizievoli per la qualità dell'attività svolta.

Sul punto, va dato atto che l'Antitrust la pensa all'opposto: "*L'effettiva presenza di una concorrenza di prezzo nei servizi professionali non può in alcun modo essere collegata ad una dequalificazione della professione, giacché, come più volte ricordato dall'Autorità, è invece la sicurezza offerta dalla protezione di una tariffa fissa o minima a disincentivare l'erogazione di una prestazione*"; cfr. la comunicazione 24.11.2017 sopra citata. Ma – detta così - l'affermazione suona un po' come una petizione di principio, in mancanza di una sua verifica in concreto.

In realtà, la frontiera delle gare al massimo ribasso, svolte senza alcun limite al risultato che ne deriva, finisce per essere la gratuità della prestazione professionale.

Gratuità che era stata non a caso espressamente legittimata dalla recente pronuncia del Consiglio di Stato 3.10.2017 n. 4614. Esaminando un bando per l'affidamento gratuito dell'incarico di redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro, il Consiglio di Stato affermava in tale pronuncia che "*l'utilità costituita dal potenziale ritorno di immagine per il professionista può essere insita anche nell'appalto di servizi contemplato del bando qui gravato: il che rappresenta un interesse economico, seppure mediato, che appare superare - alla luce della ricordata speciale ratio - il divieto di non onerosità dell'appalto pubblico (...)*". Del resto, rilevava il Consiglio di Stato, la gratuità è anche una buona cosa per le casse pubbliche: "*Il mercato non ne è vulnerato. Al tempo stesso, non si vede per quale ragione le dette considerazioni di economia dell'immateriale non possano essere prese in considerazione quando giovano, come qui patentemente avviene, all'esigenza generale di contenimento della spesa pubblica*".

Un simile percorso argomentativo evidentemente non è più possibile dopo l'entrata in vigore delle nuove norme: "*economia dell'immateriale*" a parte, la gratuità non è compatibile con l'obbligo di garantire il principio dell'equo compenso che la legge impone ora alle pubbliche amministrazioni.

Ma, al di là dell'ipotesi "macroscopica" della gratuità delle prestazioni - che esclude l'esistenza stessa di un compenso (equo o iniquo che sia) - la nuova normativa sull'equo compenso, ripetesi, si pone in contrasto con l'uso delle gare al massimo ribasso per l'affidamento di incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni.

E' vero che ciò che viene imposto dalla legge alle pubbliche amministrazioni è di garantire "*il principio dell'equo compenso*", e non l'equo compenso *tout court*.

Ma è comunque un obbligo di attivarsi per garantire un valore ritenuto meritevole di tutela da parte del legislatore: e se un'amministrazione si affida solo a una gara al massimo ribasso, disinteressandosi del risultato finale, viola l'obbligo di garantire che il corrispettivo riconosciuto al professionista non sia iniquo.

Un obbligo che - va detto *en passant* - anche la Corte dei Conti dovrà considerare: la Corte dei Conti che ha avuto un ruolo non di poco momento nel diffondere l'idea dell'obbligatorietà delle gare al massimo ribasso.

Insomma: forse la nozione di equo compenso non era ben definita quando è stata introdotta, con la l. 172/2017 che prescriveva che si dovesse "tener conto" dei parametri; ma la definizione ora c'è: è equo il compenso conforme ai parametri.

Ed è evidente che una gara al massimo ribasso ben può condurre a un risultato iniquo (cioè a un compenso non conforme ai parametri), e dunque non consente di garantire ciò che per legge un'amministrazione deve ora garantire.

I parametri e la loro modifica

Si è dunque giunti alla conclusione descritta dall'Antitrust nella comunicazione sopra citata: risulta ora *"preclusa alla PA la possibilità di accettare prestazioni con compensi inferiori a quelli fissati nei decreti ministeriali"*.

Ma i decreti ministeriali fissano davvero dei compensi minimi?

Il D.M. 55 del 2014, che pone i parametri per la professione forense, fissa sì le percentuali di variazione ammesse rispetto ai valori indicati nelle tabelle; ma tali percentuali sono accompagnate dalla precisazione che vanno rispettate *"di regola"*.

In tal modo si è evidentemente voluto dare al sistema un'elasticità che possa tener conto di situazioni-limite: quelle appunto che giustificano una *"deroga"*.

Ciò può suscitare qualche incertezza ai fini che qui interessano. Se la pubblica amministrazione deve garantire il rispetto del principio dell'equo compenso, e l'equo compenso deve essere conforme ai parametri, ma i parametri sono derogabili (anche se non *"di regola"*), allora può l'amministrazione giungere a contrarre a corrispettivi inferiori alle percentuali di variazione?

No, sembra di dover concludere: di regola no, solo in casi eccezionali. Ma certo si apre il problema di capire quali siano i casi eccezionali.

E' peraltro in corso di formazione il decreto ministeriale modificativo dei parametri (essendo trascorsi oltre due anni dall'adozione del D.M. 55/2014, in conformità alla previsione dell'art. 13 l. 247).

Nel riferire in merito alla proposta di nuovo decreto, il Ministero della Giustizia ha espresso l'obiettivo di superare l'incertezza ingenerata dalla possibilità che il giudice liquidi il compenso dell'avvocato senza avere come riferimento alcuna soglia numerica minima, così rendendo inadeguata la remunerazione; e ha appunto elaborato uno schema di decreto nel quale sono individuate delle soglie minime percentuali di riduzione del compenso rispetto al valore parametrico di base, al di sotto delle quali non è possibile andare.

Con il parere 27/12/2017 n. 2703 reso su tale schema di decreto, il Consiglio di Stato ha ora condiviso tale impostazione, ed anzi ha invitato il Ministero a prevedere una diversa formulazione di talune disposizioni proprio per far emergere *"con maggiore chiarezza l'inderogabilità delle soglie minime percentuali di riduzione del compenso rispetto al valore parametrico di base"*.

Ciò, ad avviso del Consiglio di Stato, da un lato appare utile ai fini della trasparenza nella determinazione dei compensi; e, d'altro lato, risulta pienamente in linea con la normativa europea in materia (e in particolare con la sentenza n. 427 del 27 novembre 2017 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già sopra citata, che - nel condannare le tariffe minime degli avvocati bulgari - *a contrario* conferma le ragioni della legittimità dei parametri forensi italiani anche ove acquistino valenza di minimi tariffari inderogabili).

Tali considerazioni del Consiglio di Stato sono dunque un'apertura alla sostanziale reintroduzione dei minimi tariffari (ed il prossimo D.M. modificativo dei parametri forensi, specie se verranno accolte le indicazioni del Consiglio di Stato, segnerà un ulteriore passaggio in tale direzione).

Incarichi legali e appalti

Il tema dell'equo compenso si salda, quanto agli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni, con quello delle regole da seguirsi nel conferimento di tali incarichi.

Sul punto il Consiglio di Stato (con il parere 6.10.2017 n. 2109) ha al momento "bloccato" lo schema di linee guida Anac, che erano nel senso di applicare in modo pieno la normativa sugli appalti, e ha rimarcato l'esistenza di una componente fiduciaria nell'affidamento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni, imponendo inoltre che venga sentito il Consiglio Nazionale Forense.

Quest'ultimo si è ora pronunciato approvando l'articolato parere del 15 dicembre 2017.

Il risultato conseguito con la legge 172/2017 sull'equo compenso – alla cui base vi è stato il forte impegno del CNF - già rendeva chiari i valori cui si ispira il CNF nella tutela della professione (non coincidenti con quelli, di stampo marcatamente "appaltistico", cui si ispira lo schema di linee guida dell'Anac).

Questa non coincidenza si rende ora evidente nel parere del CNF, che si esprime nel senso della possibilità di affidamento in via diretta, secondo l'*intuitus personae* e su base fiduciaria - nel rispetto dei principi generali che guidano l'azione amministrativa - dei servizi legali di cui all'art. 17 co. 1 lett. d (tra cui la rappresentanza legale in un giudizio e la consulenza legale se vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione divenga oggetto di un giudizio).

Specializzazioni forensi

Sembrano cose diverse - equo compenso e specializzazioni - ma lo sono fino a un certo punto.

Con la recente sentenza 28.11.2017 n. 5575 il Consiglio di Stato ha definitivamente confermato l'annullamento del decreto sulle specializzazioni (D.M. 144/2015).

È vero che si tratta di un annullamento parziale, e che il Consiglio di Stato non ha accolto motivi che mettevano in discussione l'intero impianto normativo del regolamento.

Ma, non c'è dubbio, è tutto da rifare.

A parte altri rilievi, ciò che non ha tenuto è stata infatti una scelta di fondo del sistema: l'individuazione dei diversi settori di specializzazione, tra loro disomogenei. E la sentenza contiene - in particolare - un inciso relativo al diritto amministrativo, in cui si afferma che esso conosce sottosettori autonomi nella pratica, nella dottrina e nella didattica, che meriterebbero, al pari di quelli del diritto civile, di essere considerati settori autonomi di specializzazione.

E' dunque doveroso riconoscere il carattere, tutt'altro che limitato, di questo profilo di illegittimità (rilevato ora per la seconda volta dal giudice amministrativo).

Ma la sentenza del Consiglio di Stato non ha chiuso il discorso, anzi lo ha finalmente aperto: se il decreto attuativo delle specializzazioni è illegittimo, le specializzazioni continuano però a essere previste dalla legge (art. 9 l. 247/2012) e dunque a dover essere attuate.

Certo, la situazione può suscitare il timore di sbagliare di nuovo; e, dopo la nuova sentenza, la prima tentazione sembra essere stata quella di muoversi a livello legislativo. È frequente del resto che a un'azione (una sentenza) corrisponda come reazione una norma di legge *ad hoc*.

C'è stato ad esempio un emendamento alla proposta di legge di bilancio - dichiarato inammissibile - diretto a stabilire quali avrebbero dovuto essere i settori di specializzazione.

In questo emendamento, il diritto amministrativo veniva suddiviso al suo interno, e separato dal diritto dei contratti pubblici e dal diritto urbanistico e dell'ambiente. Allo stesso modo, anche il diritto penale veniva ulteriormente suddiviso.

Ora, il tema di quali debbano essere i settori di specializzazione è complesso. E certo, quand'anche fosse la legge a definirli, vi è la necessità di un previo confronto con le associazioni specialistiche forensi.

Ma la suddivisione del diritto amministrativo - settore già in crisi e caratterizzato da una forte diminuzione numerica del contenzioso, con lo spostamento ad altri settori di molti professionisti - suscita una certa perplessità.

Non sembra infatti chiara la logica di scorporare dal diritto amministrativo *tout court* (autonomo settore di specializzazione) le parti professionalmente più importanti di esso, cioè i contratti pubblici e l'urbanistica (che non sono settori specialistici pari-ordinati al settore del diritto amministrativo, ma piuttosto settori specialistici all'interno di un settore già specialistico).

Conclusioni

La questione delle specializzazioni è assai rilevante nel futuro della professione.

Nel diritto amministrativo le specializzazioni avranno poi un peso ulteriore, perché finiranno per condizionare l'attribuzione degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni; le quali - se, auspicabilmente, non faranno più gare al massimo ribasso - saranno sensibili al dato formale della qualificazione specialistica.

In realtà, il tema di come le pubbliche amministrazioni debbano conferire gli incarichi legali è ampio e continua ad essere di non facile soluzione.

Come si coniuga il diritto di difesa e la libertà di scelta del legale da parte dell'assistito con le regole pubblicistiche che presiedono all'operato della pubblica amministrazione?

Ciò che oggi viene chiarito per effetto di legge è che le pubbliche amministrazioni sono obbligate a garantire il principio che al professionista sia pagato un compenso equo, cioè conforme ai parametri, e che dunque non possono più servirsi delle gare al massimo ribasso in quanto possono condurre a risultati in violazione di tale obbligo.

Rimane invece aperta la questione dell'applicabilità (e in quali limiti) della normativa sui contratti pubblici agli incarichi legali (e a quali incarichi legali).

Rimane la questione della sussistenza o meno, specie per gli incarichi "singoli", di quel carattere fiduciario che il Consiglio di Stato ha riconosciuto con la nota sentenza 11.5.2012 n. 2730 e che ora

ha ribadito con il parere 2109/2017, mentre viene invece escluso dall'Anac nel suo schema di linee guida.

E sul punto è importante il contributo – in netto contrasto con l'impostazione di Anac, e coerente invece con la pronuncia 2730/2012 del Consiglio di Stato – fornito dal CNF con il parere 15.10.2017 sopra ricordato.

Devono peraltro ritenersi definitivamente acquisite alcune regole di comportamento per le amministrazioni che si accingono a conferire un incarico legale: in specie l'obbligo di acquisire il preventivo scritto del legale che si sta per incaricare (a parte l'obbligo che grava sul legale di fornire il preventivo scritto, come ora previsto dalla legge 124 del 2017); o l'obbligo di richiedere (e valutare) il curriculum del legale.

Obblighi che derivano da principi sempre più chiaramente individuati a livello giurisprudenziale.

Si veda ad es. la citata sentenza del Consiglio di Stato 2730/2012, nella quale pure si ribadisce che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e di motivazione, in modo da rendere possibile *"la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare"*.

L'espressione ritorna ad esempio nell'interessante sentenza del Tar Puglia dell'11.12.2017 n.1289, che ritiene che una selezione fondata solo sull'offerta più bassa sia *"chiaramente in contrasto con la tutela dell'interesse pubblico che la predeterminazione di criteri certi e obiettivi si proporrebbe di tutelare"*; e che appunto ricorda che l'individuazione del legale, comportando la disposizione di risorse pubbliche, deve essere condotta nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa. E lo stesso parere del Consiglio di Stato 2109/2017 cit. fa riferimento alla necessità di *"tracciare un modus operandi uniforme che garantisca la verificabilità delle scelte operate"*.

E dunque, in conclusione, è vero che rimane ancora aperta la questione di base, attinente alla natura e alle modalità di conferimento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni.

Ma, sia per le pubbliche amministrazioni sia per l'avvocato che si trovi ad assisterle, quel terzo comma della nuova norma sull'equo compenso ha già effetti diretti di particolare rilievo.

Padova, 2 gennaio 2018

Avv. Stefano Bigolaro – Presidente della Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti