GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La responsabilità amministrativo-contabile degli avvocati e degli ordini professionali

Profili sistematici

di Letterio Donato

20 luglio 2022

Sommario: 1. Premessa – 2. I danni recati dal pubblico dipendente avvocato – 3. I danni recati dall'avvocato libero professionista – 4. Il caso dei danni arrecati dal libero professionista all'ordine professionale – 5. Conclusioni

1. Premessa

Le responsabilità dell'avvocato possono essere di ordine civile, penale e disciplinare.

La responsabilità amministrativo-contabile, in particolare, può essere configurata a certe condizioni, ad essa proprie e peculiari, la cui giurisdizione, ove sia stata promossa la relativa azione dalla Procura, è devoluta alla Corte dei conti, tenuto conto dell'art. 1 c. 1 del Codice di giustizia contabile, d. lgs. n. 174/2016 – secondo cui "*La Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi*

di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica" – e dell'art. 103 c. 2 della Costituzione ("*la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*"**[i]**).

La *vexata quaestio* circa i confini della giurisdizione contabile, come noto, ha conosciuto latitudini assai oscillanti, tanto che si è parlato in dottrina di una *vis expansiva* a partire dalla seconda metà degli anni '90, non senza sottolinearne gli eccessi**[ii]**. Non a caso, infatti, il legislatore (v. il c.d. "*lodo Bernardo*"**[iii]** ed oggi gli interventi del c.d. "*decreto semplificazioni*"**[iv]**) è talora intervenuto per evitare il moltiplicarsi delle responsabilità amministrative a vario titolo, in un continuo alternarsi di stagioni nelle quali la giurisdizione contabile ha conosciuto fortune alterne, anche al di là dei suoi pregi e dei suoi difetti. Non vi è dubbio, infatti, che la "aziendalizzazione", la "privatizzazione", l'introduzione di sistemi di valutazione delle *performance*, gli stringenti vincoli di bilancio, la rigidità dei procedimenti di spesa (soprattutto nella materia dei contratti pubblici), uniti al *deficit* dello Stato e delle Regioni, con gravissime ripercussioni sugli enti locali (in questi anni costretti a fare di necessità virtù), tutti riportati – condivisibilmente – ad una (ri)lettura dell'art. 97 della Costituzione (integrato dalla legge costituzionale n. 1/2012), abbiano condotto ad una nuova impostazione dei rapporti tra amministrazioni e tra esse e i cittadini, con particolare rilievo alla materia dei servizi pubblici, vera e propria cartina di tornasole su cui misurare i tratti della democraticità effettiva**[v]**.

Segnatamente, il principio di buon andamento, in collegato con il vincolo di equilibrio di bilancio, ha assunto una dimensione assiologica ben più significativa e pregnante, ponendosi come clausola in grado di catalizzare le variabili dell'equazione che vede in gioco la legalità e l'efficienza, la trasparenza e l'anticorruzione, persino, in una certa misura, il sindacato diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni. E se, in passato, tale principio era oscurato dall'imparzialità, tradotta dal giudice amministrativo all'interno dell'eccesso di potere, oggi può affermarsi che esso abbia trovato il suo "giudice naturale", ossia la Corte dei conti, in un processo di biunivoca rispondenza e valorizzazione, tale che entrambi hanno trovato una nuova e fondamentale collocazione nell'ordinamento**[vi]**.

L'anzidetta espansione delle ipotesi di illecito in grado di determinare l'inverarsi di fattispecie di responsabilità amministrativa ha investito anche l'ambito dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e professionisti, siano essi medici, avvocati, ingegneri, geologi, architetti o commercialisti.

Le responsabilità da attività professionale discendono essenzialmente dalla inosservanza delle *best practices*, dei protocolli, della diligenza richiesta ad un professionista, ossia ad un soggetto la

cui perizia e competenza si presumono una volta “abilitato” all’esercizio della professione stessa e iscritto all’Ordine di appartenenza[vii].

Quanto detto vale, ovviamente, anche per gli avvocati, relativamente ai quali – come per alcuni altri professionisti – occorre distinguere se del libero foro o alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Se è vero, infatti, che la perizia richiesta ad un avvocato è tendenzialmente la medesima, occorre anche considerare che la responsabilità amministrativo-contabile richiede, seppure in termini lati, un rapporto di servizio. Sicchè, è evidente che questo presupposto sarà rinvenibile nell’avvocato dipendente di una amministrazione, mentre, se del caso, dovrà essere rinvenuto nel caso dell’avvocato libero professionista, incaricato di un certo affare, ma solo a certe condizioni[viii].

Anticipando un discorso che sarà sviluppato ulteriormente di seguito, basti ricordare come, di recente, la giurisprudenza si sia occupata del tema, pervenendo a fissare alcuni punti fondamentali.

In un caso assai noto quanto recente, è giunta nella sede giurisdizionale contabile una vicenda nella quale un avvocato dell’Inps aveva omesso, in tesi, di presentare appello avverso una sentenza in presenza di pacifici indirizzi contrari della Corte di cassazione. La rilevanza del caso è legata al fatto che era stata emessa condanna a carico dell’ente di corrispondere quasi tre milioni per indennità di accompagnamento e per assegno sostitutivo di accompagnatori militari, sicchè il mancato appello era, in tesi, causa efficiente di danno erariale[ix].

In altro caso esemplificativo, è stata affermata la responsabilità per danni arrecati da liberi professionisti quali componenti del Consiglio dell'Ordine nel conferimento di incarichi professionali ad esperti esterni[x].

Mentre la responsabilità amministrativo-contabile è di più agevole e pressoché pacifica configurazione per gli avvocati dipendenti di pubbliche amministrazioni, come si vedrà, più complessa è la vicenda quando questa riguardi liberi professionisti.

Tra gli avvocati pubblici dipendenti, peraltro, rientrano gli Avvocati dello Stato, gli avvocati degli enti pubblici, gli addetti agli uffici contenziosi, anche se non avvocati.

In ogni caso, la configurazione della responsabilità professionale deve porsi in linea con la necessaria autonomia dell’avvocato nello svolgimento dell’attività libero professionale[xi]. L’ampiezza di tale autonomia è, infatti, inversamente proporzionale all’inverarsi di responsabilità colpose (quelle dolose sono escluse dal presente discorso per ovvie ragioni).

Si stima, dunque, di procedere ordinatamente, esaminando le diverse posizioni degli avvocati e le rispettive condizioni di responsabilità.

2. I danni recati dal pubblico dipendente avvocato

Se le responsabilità per danno erariale dei dipendenti pubblici – tra i quali i professionisti legati da un rapporto di servizio, anche occasionale – rientrano senza dubbio nella giurisdizione della Corte dei conti, altro discorso riguarda l'attività difensiva o consultiva.

I legali facenti parte delle avvocature degli enti pubblici sono iscritti nell'apposito elenco speciale annesso all'albo**[xii]**. In questo senso depone l'art. 23 della l. n. 247/2012, ai sensi del quale, i professionisti facenti parti di tali uffici interni, finché gli enti "*siano partecipati prevalentemente da enti pubblici*", hanno garanzia di "*piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente*". Essi godono di un trattamento "*adeguato alla funzione professionale svolta*". Nel contratto di lavoro sono garantite "*l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato*"**[xiii]**. Sul piano della responsabilità, l'iscrizione nell'elenco speciale dell'albo non li esime dal potere disciplinare del Consiglio dell'Ordine**[xiv]**.

Discorso differente concerne gli Avvocati e i Procuratori dello Stato, per i quali non è richiesta alcuna iscrizione all'albo professionale ai sensi del t.u. del 1933 che li riguarda. Ma anche per essi, si pongono le medesime questioni, circa possibili profili di responsabilità anzitutto laddove vi sia una cattiva gestione del contenzioso.

A queste due macro-categorie se ne aggiunge una terza, ovvero quella dei dirigenti o funzionari preposti alla difesa dell'ente pur non appartenendo ai ruoli legali dello stesso, in tutti i casi in cui non sia necessaria la difesa tecnica, ossia con il patrocinio di un avvocato. Anche a costoro, nei limiti dell'attività svolta e della perizia richiesta, ovviamente, si estendono possibili profili di responsabilità.

Tutti costoro, in caso di cattiva gestione del contenzioso, laddove ne derivi un danno erariale (diretto o indiretto), possono essere esposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

La casistica è la più varia, e discende, per lo più, dal diverso atteggiamento che, a volte, le amministrazioni (*in primis*) e gli stessi professionisti (*in secundis*) assumono nelle difese svolte o nei giudizi promossi o che si è colpevolmente omesso di promuovere.

Il tema è, invero, assai delicato, perché investe non solo la perizia e la professionalità del soggetto, rientrante nelle categorie di cui sopra, ma anche il comportamento delle stesse amministrazioni.

Le ipotesi immaginabili sono numerose, ma, si badi, non devono mai essere interpretate *ex post* investendo i profili della discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, le quali possono legittimamente difendere il proprio operato senza il timore di venire dopo investite da responsabilità.

Si pensi, ad esempio, al mancato appello nei confronti di una sentenza che dichiari l'esistenza di *mobbing*, ove l'ente locale – anche questo è un caso reale ed assai diffuso prima della legge Gelli/Bianco nei confronti dei sanitari pubblici dipendenti – invece di appellare (anche su richiesta del diretto interessato che non era parte del giudizio, svoltosi tra il presunto danneggiato e l'Amministrazione), ha transatto la controversia, "scaricando" il danno sul malcapitato dipendente.

Da questo punto di vista, due osservazioni valgano *incidenter tantum*: a) la riconosciuta risarcibilità del danno inferto all'interesse legittimo, come anche le nuove ipotesi di responsabilità (esemplare, il c.d. danno da ritardo), hanno ampliato il novero dei casi di potenziale responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici, ancorchè, occorra dire che il giudice amministrativo pare, in linea di principio, non particolarmente incline ad assumere la fisionomia del giudice da "risarcimento del danno"**[xv]** (come, del resto, accade sovente dinanzi al giudice ordinario quando si tratti di disapplicare un provvedimento amministrativo o di far valere vizi che attengano alla sua legittimità); b) l'istruttoria contabile, anche prima della riforma del 2016, si caratterizza per una decisa autonomia, fatta eccezione per gli elementi di fatto accertati soprattutto in sede penale (ma anche in sede amministrativa) dei quali tiene conto, sicchè non è affatto detto che una condanna al risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario o amministrativo avrà analogo esito nei confronti del responsabile per danno indiretto. Anzi, la casistica dimostra che non di rado l'esito sarà differente. Infatti, può avvenire che il danno accertato (e corrisposto dalla p.a.) in altre sedi giurisdizionali sia frutto anche di difese non particolarmente attente, mentre il diretto interessato, affidandosi ad un libero professionista e ben conoscendo la vicenda, sovente si difende meglio e consente un accertamento che può portare anche all'assoluzione dall'imputazione.

Il fatto che le amministrazioni, talora, non si difendano al meglio è "strutturale" e forse anche "fisiologico", al punto che, talora, lo stesso giudice – assumendosi un compito non completamente suo, ma comprensibilissimo – si erge esso stesso a difensore "aggiunto" delle p.a. "sonnecchianti".

Si consideri quanto ciò possa refluire sull'avvocato dell'ente pubblico, in molti casi "sovrastato" dal numero e dall'ampiezza del contenzioso in relazione ad un ufficio di modeste dimensioni ed al cospetto di collaboratori non sempre "rodati" all'agone del libero foro, talora *abituè* di casi seriali, al di fuori dei quali fanno fatica. Non solo. Spesso – non sempre, non si intende fare di tutta l'erba un fascio – le amministrazioni, impegnate nell'attività amministrativa ordinaria e negli adempimenti (in molti casi formali e non utili) posti dalla normativa più recente, non sono in grado di fornire tempestivamente la documentazione difensiva più appropriata o di redigere relazioni informative la cui importanza è fondamentale. Quest'ultima ipotesi, in realtà, può riguardare anche il professionista del libero foro incaricato della difesa dell'ente (quando il ricorso alla difesa "esterna" è consentito, beninteso), spesso privo di documentazione e dotato di procura (e deliberazione a stare in giudizio) solo in prossimità dell'udienza.

Analogo problema può investire anche la difesa erariale *par excellence*, ossia l'Avvocatura dello Stato, costituita da professionisti esperti e di altissimo profilo, anch'essi costretti a "scegliere" gli atti difensivi da redigere con più cura (ammesso che la documentazione ed un minimo di relazione giunga loro per tempo), trascurando le Camere di consiglio o "andando a braccio" (gli avvocati del libero foro sanno quanto pericolosa sia questa prassi) per difendere l'ente. In altri casi – si pensi ai giudizi in materia di concorsi pubblici – l'Avvocatura ora si limita a depositare gli atti con una memoria di forma, ora redige atti difensivi di grande spessore.

In termini generali, dunque, parlare di responsabilità dell'avvocato "pubblico" richiede una grande attenzione, rifuggendo dalla ricerca dell'addebito, semplicemente perché la p.a. è risultata soccombente in giudizio, con probabile condanna alle spese. Se nel caso del giudizio di ottemperanza che si traduca in un esborso evitabile – si pensi agli interessi maturati sul credito o alla nomina del Commissario *ad acta* – la responsabilità non è dell'avvocato, ma dell'amministrazione, la proposizione di un appello palesemente infondato o la resistenza meramente tuzioristica costituiscono un *vulnus* alla stessa giurisdizione, impegnando i Tribunali in controversie agevolmente risolvibili in via stragiudiziale. Il tema porterebbe assai lontano e non può qui essere affrontato: basti rammentare come l'uso dei poteri di autotutela, in funzione anche della funzione deflattiva propria della partecipazione al procedimento, abbia ceduto il posto alla (apparentemente più comoda) scelta di lasciare che il contenzioso si svolga, per poi vedere il da farsi**[xvi]**.

La "crisi" dell'autotutela, d'altro canto, non può considerarsi una novità: il paradosso, semmai, è che essa sia ancora oggi (forse anche in misura maggiore rispetto al passato) direttamente collegata con il *metus* della responsabilità**[xvii]**. Si tratta di un paradosso perché il mancato

ricorso all'autotutela sovente costituisce, in fin dei conti, un *boomerang* che conduce parimenti (e in condizioni nelle quali è assai più difficile la difesa) dinanzi al giudice contabile, il quale sanziona con particolare vigore le responsabilità omissive piuttosto che quelle commissive. Le prime sono, infatti, legate ad una incapacità di decidere, le seconde possono discendere da errori o sviste che, laddove non particolarmente evidenti – contrassegnate, cioè, da colpa grave, secondo la provvida riforma del 1994 – non dovrebbero portare ad addebito alcuno.

Ciò apre un ulteriore tema, qui solo accennato perché collaterale al tema trattato, ovvero quello della corretta interpretazione della presenza della colpa grave: la Corte dei conti, talora, non ne ha valorizzato l'importanza, "appiattendo" la colpa grave anche su ipotesi di colpa "lieve", facendo perdere l'effetto voluto dal legislatore, che è quello di sollevare ragionevolmente l'amministratore nel trattare le questioni a lui sottoposte**[xviii]**.

Tutte queste riflessioni convergono nel delineare un quadro composito delle responsabilità dei soggetti di cui si sta parlando, sia in quanto professionisti (esclusi i dirigenti e funzionari incaricati), sia in quanto dipendenti pubblici. La loro responsabilità – è questo il dato più evidente – non può che discendere da fatti gravi, evidenti omissioni (tra cui è stata fatta rientrare, ad esempio, l'omessa comunicazione di una udienza) o acquiescenze a tesi avversarie chiaramente infondate.

Ovviamente, quanto sopra non vale nel caso in cui l'attività difensiva sia contrassegnata da dolo, fermo restando che la dolosità del comportamento va debitamente accertata e non presunta (come pure talora accade concretamente).

È prassi, ad esempio, l'utilizzo del c.d. "copia e incolla" da parte degli uffici legali (anche dell'Avvocatura di Stato), della proposizione di appelli o di giudizi in Cassazione palesemente infondati fino alla lite temeraria (come nel caso di crediti prescritti), ovvero giudizi che non avrebbero dovuto intraprendersi, talora mediante l'utilizzo di strumenti transattivi e/o conciliativi e dello stesso potere di autotutela (non esercitato correttamente).

Le strategie processuali possono rilevare, ma qui il confine con l'autonomia del legale è labile e quindi occorre estrema attenzione per non sbilanciare la responsabilità oltre la misura della mancata diligenza richiesta.

Altra ipotesi che si verifica in concreto – anche nell'ambito delle difese spiegate da avvocati "esterni" – è quella concernente la "reinterpretazione" delle ragioni per le quali un certo atto sia stato adottato (o non adottato). Ci si chiede, infatti, se il difensore esorbiti dal mandato nella misura in cui tenti di "riannodare" i fili della legittimità dell'operato dell'amministrazione difesa,

oltreché con strategie processuali dilatorie, sostanzialmente “correggendo il tiro” rispetto a quanto affermato dall’amministrazione medesima.

In questo caso si aprono due tematiche: una afferente l’attività processuale ed i limiti del mandato di rappresentanza; l’altra concernente la consulenza che (soprattutto) un ufficio legale interno (così come l’Avvocatura dello Stato riguardo alle amministrazioni difese *ope legis*), prima di intraprendere un giudizio o di svolgere una difesa, deve rendere.

Per quanto concerne il primo profilo, spetta anzitutto al giudice verificare la discrasia tra le posizioni dell’ente e quelle difensive “integrative”. In ogni caso, si tratta di una prassi che ha forse una sua logica processuale, ma che resta inaccettabile nella misura in cui, invece di tradursi in una consulenza legale nei confronti dell’ente per condurlo a rivedere i propri errori, senza informare l’ente assistito, accetti la difesa, anche laddove temeraria o comunque palesemente priva di argomenti giuridici in linea con gli orientamenti pacifici della giurisprudenza (come della dottrina) in materia.

Tale primo profilo si interseca, a ben guardare, con il secondo, in quanto l’assistenza legale, soprattutto quella erogata dagli uffici interni e dall’Avvocatura dello Sato, non può limitarsi a sostenere le tesi dell’ente – pur palesemente infondate – e/o a tentare surrettiziamente di modificarle in modo da renderle plausibili. Il danno che ne può discendere, in questo caso, è riferibile a colui il quale abbia omesso di rendere edotta la p.a. assistita degli errori commessi (e dei rischi connessi).

Altro discorso è se quest’ultima perseveri nell’errore: in tal caso, la difesa – non potendo essere abbandonata nel caso di avvocati “interni” – si impegnerà a limitare i danni, anche attraverso la formulazione di eccezioni in grado di paralizzare la pretesa avversaria (il che è perfettamente legittimo).

Ciò detto, occorre, tuttavia, tenere presente che le controversie in cui è parte una amministrazione pubblica non possono essere equiparate *de plano* alle questioni tra privati: mentre il privato, cioè, è “libero” di assumere su di sè il rischio di liti temerarie – che debbono essere rigidamente sanzionate dall’organo giurisdizionale adito – o, nel caso dell’avvocato, di comportamenti processuali scorretti (quando non fraudolenti), in violazione degli artt. 88 e ss. del c.p.c. e delle stesse norme del codice deontologico forense, la pubblica amministrazione non può consapevolmente perseguire fini diversi da quelli “legali” per ovvie ragioni attinenti alla funzione pubblica che ne connota l’attività.

La responsabilità degli avvocati "pubblici", anche quando non ci si trovi in presenza di un contenzioso in essere, può discendere dal rilascio di pareri le cui indicazioni siano palesemente errate, abnormi, del tutto incoerenti con i pacifici orientamenti della giurisprudenza e dunque in grado di indirizzare l'ente assistito in una direzione incongrua dalla quale discende direttamente il danno o in termini di esborso o di apertura di un contenzioso. È stato, infatti, correttamente affermato che uno dei parametri attraverso i quali valutare la congruità (e comunque la non abnormità) di un parere *pro veritate* sia la c.d. "*consapevole decisione*" alla quale ogni avvocato, sia esso professionista del libero foro, sia esso avvocato di enti pubblici (o dello Stato), deve soggiacere. Il parere, cioè, può non essere completo e/o esaustivo, ed anche denunciare alcuni limiti di approfondimento senza che da questo possa derivare alcuna responsabilità civile o amministrativa. Il diretto interessato, sia esso l'ente o il privato, ne farà l'uso che crede e, se del caso, seguirà altre strade. Tuttavia, laddove il convincimento dell'ente o del privato sia effettivamente e decisivamente "coartato", "indirizzato inderogabilmente", "condotto indissolubilmente" ad una soluzione del tutto improvvida ed incongrua, foriera di danni non altrimenti evitabili con l'ordinaria diligenza (e competenza, quando si tratti di uffici dirigenziali), è assai probabile immaginare profili di responsabilità civile, nel caso del privato (salvo quanto appresso si dirà) e amministrativa nel caso di una pubblica amministrazione.

Deve essere chiaro che si tratta di situazioni "limite", laddove la consulenza abbia prospettato soluzioni certamente errate ed abbia rappresentato con assoluta certezza esiti favorevoli nella soluzione di un certo contenzioso, sia esso potenziale o in essere.

Quando l'avvocato, cioè, si renda conto della assoluta impossibilità di impostare una certa difesa e far valere certe posizioni giuridiche, anche in relazione al suo ruolo di soggetto impegnato nella corretta esplicazione della giurisdizione e della legalità in genere, dovrà suggerire al proprio cliente, compreso l'ente pubblico, un percorso transattivo impegnato nella chiusura stragiudiziale della vicenda sottopostagli.

Qui, però, deve rilevarsi che, pur con interessanti e condivisibili temperamenti, gli orientamenti della Corte dei conti non sono sempre in linea con quanto detto. Le transazioni, anche in ottica di trasparenza e di corretto utilizzo della spesa pubblica, sono spesso viste con sospetto, al punto che le amministrazioni pubbliche addivengono alla stipula di atti transattivi solo ove la controparte rinunci a qualcosa (generalmente gli interessi e la rivalutazione sulla sorte capitale), così da dimostrarne la convenienza, anche quando, ad esempio, vi sarebbe spazio per coltivare l'appello**[xix]**. È questa una delle ragioni per le quali, pur laddove l'Avvocato suggerisca, anche in sede di consulenza orale, di trovare soluzioni stragiudiziali, gli enti pubblici sono sovente

restii ad agire in tal senso, preferendo un contenzioso incongruo e dispendioso, presumibilmente diluito nel tempo, ad un accordo (compresi quelli previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990[xx]). Eppure, anche a parità di spesa, l'alternativa consensuale può spesso essere complessivamente più conveniente, consentendo un'azione amministrativa più efficace ed efficiente (si pensi, ad esempio, alle controversie in materia espropriativa, laddove il quadro delineato dalle recenti Adunanze plenarie sull'art. 42 *bis* suggerisce forme di definizione che non attingano alla sfera processuale[xxi]).

L'Avvocato impegnato ad assistere un ente pubblico, dunque, si trova sovente in una condizione nella quale non gli è agevole esplicare la propria consulenza ed indirizzare un ente che chiede solo di essere difeso nel migliore dei modi (possibili), ma non intende intervenire attraverso strumenti transattivi (giudiziali o stragiudiziali), accordi o attivando i propri poteri di autotutela.

Da questo punto di vista, il giudice amministrativo, con frequenza ormai elevata, sanziona le omissioni, le inerzie, le incoerenze e le cattive scelte delle amministrazioni pubbliche, trasmettendo gli atti – anche nel giudizio in materia di silenzio – alle procure contabili. E' stato, in particolare, ritenuto legittimo un intervento in autotutela di un affidamento diretto di un servizio in presenza di una segnalazione, da parte della competente Procura contabile, circa la sua illegittimità e incongruità sul piano della sua economicità[xxii]. Occorrerebbe, da questo punto di vista, che fossero più chiari i meccanismi della responsabilità dei dipendenti e soprattutto dei dirigenti pubblici, i quali sono oggi impegnati in una serie di adempimenti formali, prima ancora che nell'amministrazione attiva, a risorse invariate e sul presupposto che essi debbano attendere ad ogni cosa, tanto che lo stesso giudice contabile considera esimente da responsabilità la gestione di un ufficio pletorico e di un numero di pratiche elevato con risorse non adeguate[xxiii]. L'Avvocato, dal canto suo, ai sensi degli artt. 1176 e 2236 c.c., dovrà assolvere al suo mandato sollecitando il cliente a dargli tutte le informazioni necessarie, per poi informarlo adeguatamente circa lo svolgimento dello stesso ed ai suoi esiti.

Nella configurazione della responsabilità amministrativa concorrono tutti questi aspetti, i quali convergono poi nei presupposti per il suo concreto esercizio.

L'elemento psicologico, come si è detto, è la colpa grave.

La diligenza richiesta discende dalla natura dell'incarico, dalla sua complessità e quindi dalla conoscenza delle specifiche normative applicabili alla specie. A maggior ragione tale elemento potrà essere oggetto di esame ove si tratti di avvocati "specialisti", come previsto dal d.m. Min. Giustizia n. 144/2015, recentemente modificato con d.m. n. 163/2020. E' indubbio che, chi si

rivolga ad un avvocato "certificato" dal Consiglio Nazionale Forense come specialista, si aspetti una prestazione adeguata nella specifica materia**[xxiv]**.

Il nesso causale è comune a tutti gli avvocati, nel senso che esso ha normalmente natura omissiva, ma non solo, in quanto ancorato ad una serie di parametri come "*la ragionevole certezza*" o "*il più probabile che non*"**[xxv]**. Pertanto, la responsabilità, sia essa civile sia essa amministrativa, seguirà questa linea, in ragione della quale essa discenderà dalla frustrazione di "*serie ed apprezzabili possibilità di successo*" (non dalla certezza dell'esito favorevole del giudizio, ad esempio, dalla proposizione di un appello o di una opposizione ad una sanzione o ad un decreto ingiuntivo). La responsabilità si configura, nella buona sostanza, solo ed esclusivamente nel caso in cui si verifichi una vera e propria perdita di *chance* di vittoria, cioè dalla ragionevole probabilità che, laddove l'attività omessa (o l'attività in senso lato) fosse stata esplicata (o o esplicata correttamente), in termini di ordinaria diligenza professionale, l'esito avrebbe potuto essere differente e significativamente più favorevole. Si tratta, come noto, di orientamenti della Corte di Cassazione, che anche la Corte dei conti, per quel che concerne gli avvocati pubblici, può seguire.

Altro tema, del quale si è già fatto cenno, è quello della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sancita, per la Corte dei conti, dall'art. 1 c. 1 della legge n. 20/1994. Secondo le Sezioni Unite, infatti, "*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute da soggetti sottoposti, in astratto, alla giurisdizione della Corte di Conti, non ne comporta la sottrazione a ogni possibile controllo. L'insindacabilità nel merito sancita all'art. 1, comma 1, L. n. 20 del 1994, infatti, non priva la Corte dei conti della possibilità di accertare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, verificandola anche sotto l'aspetto funzionale, in ordine, cioè, alla congruità dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore; limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della P.A. è l'esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici. La Corte dei conti, quindi, nella sua qualità di giudice contabile, può verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico*"**[xxvi]**. Ed ancora: "*La Corte dei Conti, nell'ambito della sua giurisdizione, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico, che, ai sensi dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, devono essere ispirati a criteri di economicità e di efficacia – secondo il canone indicato nell'art. 97 Cost. – che assumono rilevanza sul piano della legittimità, non della mera opportunità, dell'azione amministrativa; pertanto, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa deve estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo e, quindi, apprezzare se gli strumenti utilizzati dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei ai fini di interesse pubblico*

da perseguire con risorse pubbliche, e non potendo, comunque, prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti”**[xxvii]**.

Ciò determina la sindacabilità di iniziative giudiziarie temerarie (sia dal lato attivo che da quello passivo), fondate su un parere chiaramente errato, il mancato appello rispetto a pretese completamente infondate (a nulla rilevando l’errore del giudice di prime cure), riversandosi *de plano* sul piano della responsabilità amministrativa riferita agli organi deputati alla difesa legale dell’ente (ma non solo, dipende dalle specifiche ipotesi).

Ovviamente, occorre distinguere: gli avvocati pubblici in senso lato (v. *supra*) arrecano il danno all’amministrazione ove prestano servizio (seppure qui si ponga l’ipotesi della responsabilità per danni ad altre amministrazioni), gli Avvocati dello Stato, in ragione dell’ampia delega difensiva *ope legis* e della totale autonomia nella gestione dei giudizi (anche, se del caso, di proporre appello o meno ad una sentenza, pur su invito della stessa amministrazione in specie rappresentata), ad una platea ben più vasta.

Altro tema, sul quale opinioni divergenti si sono manifestate – e sul quale già alcuni cenni sono stati fatti in sede introduttiva – riguarda il c.d. “doppio binario”, ossia la possibilità, da parte degli enti pubblici, di attivare essi stessi giudizi risarcitori nei confronti dei propri dipendenti a prescindere dall’azione delle Procure contabili: in linea di massima è ammessa la concorrenza di azioni, fermo restando il divieto della doppia condanna.

In realtà, non è la stessa cosa.

Il giudizio dinanzi al giudice ordinario e dinanzi alla Corte dei conti segue regole, procedure, riti, istruzione differenti e soprattutto – eccettuato il caso dei sanitari dopo la riforma operata dalla legge Gelli-Bianco**[xxviii]** – su differenti presupposti in merito all’elemento psicologico, che è la colpa lieve nel primo caso e la colpa grave nel secondo. In tesi, dunque, potrebbe persino essere più conveniente, per il dipendente pubblico, l’unificazione della giurisdizione in materia contabile, in quanto le garanzie – pur con tutti i dubbi espressi sulla corretta qualificazione della colpa grave in sede giuscontabile – sono maggiori dinanzi alla Corte dei conti, la quale, peraltro, oltre alla *compensatio lucri cum damno*, gode del potere riduttivo, la cui portata può avere latitudini assai significative laddove l’azione dannosa non sia contrassegnata da dolo, venendo in evidenza l’intero comportamento tenuto in specie dal pubblico dipendente**[xxix]**.

Il *quantum* è anzitutto legato agli esborsi conseguenti alla condanna, anche alle spese del giudizio. Ma non è escluso che possano rientrare in tale voce anche i costi da disservizio, ossia i costi relativi all’impiego del personale per impostare difese del tutto inutili.

Va, poi, ricordato che la responsabilità amministrativo-contabile è personale e non solidale, dunque ancorata all'effettivo apporto causale dell'Avvocato.

Riprendendo un tema sul quale ci si è già soffermati, è evidente che un importante ruolo in tal senso può svolgerlo l'Amministrazione, la quale richieda, ad esempio, la proposizione dell'azione infondata o la resistenza in giudizio priva di ragioni giuridiche. Se il professionista del libero foro, in tesi, può rifiutarsi di accettare l'incarico, ben più difficile è la posizione dell'Avvocato dell'ente, il quale, ove si allinei a tale indirizzo – non avendo, si badi, potestà amministrative in tale veste – vedrà scemare notevolmente il proprio apporto causale. Ben diverso, ma lo si è detto, è il caso in cui il contenzioso sia avallato ed anzi promosso apertamente, attraverso una attività consulenziale (rientrante nei doveri d'ufficio come nel mandato difensivo) in grado di "deviare" la volontà dell'ente.

3. I danni recati dall'avvocato libero professionista

Quando una pubblica amministrazione conferisce un incarico di consulenza o di difesa ad un professionista esterno, in caso di gravi errori nell'attività difensiva o di pareri abnormi produttivi di danni all'ente, non è possibile, in linea di principio, configurare un rapporto di servizio, ma un rapporto contrattuale, come tale caratterizzato da ampio mandato e cioè non sottoposto a veri e propri vincoli da parte della p.a, anche sotto forma di direttiva.

Se, dunque, il danno si è verificato, la giurisdizione non potrà che essere del giudice ordinario e non di quello contabile.

D'altro canto, come si accennava nelle premesse, il concetto di "rapporto di servizio" ha conosciuto, soprattutto negli ultimi decenni, una elaborazione giurisprudenziale assai cospicua. La giurisdizione della Corte dei conti, dunque, è stata estesa a soggetti, inseriti a qualsiasi titolo (dunque, onorario, volontario o coattivo, di fatto, oltrechè, ovviamente, titolari di un vero e proprio contratto d'impiego pubblico) nell'apparato organizzativo di una amministrazione pubblica e che, in tale veste, esercitino in modo continuativo un'attività improntata alle regole proprie dell'azione amministrativa. Tale effettivo inserimento organizzativo è dunque ritenuto sufficiente (e necessario, per altro verso) per radicare la giurisdizione contabile. Si parla, in questo caso, da parte delle Sezioni Unite di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica, che, in particolare, prescinde dalla formale instaurazione di un rapporto d'impiego, ma postula la "*compartecipazione del soggetto all'attività*

dell'amministrazione pubblica"**[xxx]**. Di converso, in presenza di prestazioni saltuarie (anche se ripetute) e quindi di mancato inserimento organizzativo all'interno dell'ente pubblico, la giurisdizione della Corte dei conti dovrà ritenersi esclusa.

La casistica concernente professionisti inclusi a vario titolo è la più varia: essa ricomprende ingegneri, architetti, commercialisti, anche in qualità di consulenti tecnici d'ufficio. Per quanto concerne gli Avvocati liberi professionisti, se, ordinariamente, non sono soggetti a responsabilità amministrativa (ma restano responsabili civilmente degli eventuali danni prodotti alla p.a. conferente), non è escluso che questi possano, in circostanze determinate, essere soggetti alla giurisdizione contabile.

Occorre, qui, una ulteriore precisazione: gli incarichi esterni non sono liberamente conferibili da parte delle Amministrazioni pubbliche. Anzi, l'idea che sembra prevalere ultimamente – determinando anche una serie di problematiche in materia di affidamento dei servizi legali degli enti pubblici, che ha coinvolto anche l'Anac**[xxxi]** – è quella di riservare la trattazione delle controversie ordinarie ad un ufficio legale interno appositamente costituito (ottenendo, nel contempo, un'economicità complessiva ed una conoscenza degli sviluppi del contenzioso che, parcellizzando gli incarichi conferiti all'esterno, non vi è**[xxxii]**; in ogni caso, non deve trattarsi di attività ordinarie, che l'amministrazione può svolgere con le risorse a sua disposizione**[xxxiii]** .

Il conferimento di incarichi esterni, deve rispettare una serie di criteri tra i quali si segnalano i seguenti**[xxxiv]**:

a) anzitutto deve trattarsi di una controversia che non è gestibile, per qualsiasi ragione, dall'avvocatura interna;

b) in secondo luogo, deve trattarsi di un incarico di consulenza o di affidamento di una difesa in sede giudiziale che presupponga particolare specializzazione;

c) in terzo luogo, non deve comportare una spesa incongrua rispetto ai tariffari esistenti tenuto conto della complessità e specializzazione dell'incarico stesso.

Laddove manchino questi presupposti, potrà inverarsi un caso di responsabilità amministrativa a carico degli amministratori dell'ente che hanno conferito l'incarico, non, in linea di principio, del libero professionista, il quale accetta l'incarico e lo esegue sulla scorta di un contratto stipulato con l'ente.

Una ipotesi particolarmente rilevante è quella costituita dagli avvocati consiglieri dell'Ordine professionale i quali abbiano apposto il visto obbligatorio ad una parcella, consentendo al richiedente di ottenere un pagamento spropositato a danno dell'ente al quale la parcella è stata poi presentata**[xxxv]**. Altra ipotesi di responsabilità amministrativa a carico di un avvocato libero professionista sta nell'appropriazione di somme frutto di esecuzioni immobiliari curate su delega del giudice**[xxxvi]**.

In linea di principio, dunque, resta ferma l'esclusione, nelle ipotesi "ordinarie", della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dei liberi professionisti.

4. Il caso dei danni arrecati dal libero professionista all'ordine professionale

Gli ordini professionali sono enti pubblici economici ad appartenenza necessaria.

Ai sensi dell'art. 24 c. 3 della legge n. 247/2012 "*il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia*".

Il tema della responsabilità – se civile o amministrativo-contabile – si pone per gli Avvocati facenti parte dei consigli degli ordini professionali o anche delle casse previdenziali.

Ciò pone un primo problema, concernente la natura giuridica di tali enti.

Che si tratti di enti pubblici non economici ad appartenenza necessaria è fuor di dubbio. Ai sensi dell'art. 24 c. 3 della legge n. 247/2012, essi sono "*istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale*". A parte queste nobili finalità, altresì, "*sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di*

legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della Giustizia".

Il quadro testé tratteggiato evidenzia una posizione "ibrida", in quanto, da un lato gli ordini professionali perseguono finalità pubblicistiche e di chiara matrice costituzionale, dall'altro lato, sono dotati di una notevole autonomia, soprattutto sul piano patrimoniale e finanziario. Tutti i mezzi di finanziamento derivano sostanzialmente dalle diverse tipologie di contributo versate dagli iscritti, le quali, però, sono obbligatorie in quanto direttamente collegato all'esercizio dell'attività professionale. Tali contributi, peraltro, sono riscossi coattivamente tramite ruoli, quindi utilizzando procedure che, in caso di controversia, innestano – come pacificamente affermano le Sezioni Unite della Cassazione e lo stesso Consiglio Nazionale Forense**[xxxvii]** – la giurisdizione tributaria.

Si tratta di elementi in una certa misura contraddittori, che parrebbero suggerire, in capo agli ordini professionali, un ruolo analogo quello delle pubbliche amministrazioni, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di personale (assunzioni, licenziamenti, mobilità e relative controversie giurisdizionali), di uso delle procedure di evidenza pubblica in genere per gli acquisti di beni e servizi, l'applicazione delle norme in tema di procedimento amministrativo ed anticorruzione, consentendo di ipotizzare la giurisdizione contabile in capo agli avvocati-consiglieri per i danni arrecati all'ordine in tale veste.

In realtà, la giurisdizione della Corte dei conti per i danni discendenti dall'attività degli avvocati componenti dei consigli dell'ordine (o della cassa) è stata oggetto di un dibattito che ha impegnato la giurisprudenza e la dottrina più accreditata.

In giurisprudenza la casistica segnala la riconosciuta responsabilità amministrativa degli organi dei consigli per ammanchi di cassa, derivanti dall'omesso versamento di contributi ad un dipendente (da cui il pagamento di interessi moratori e delle connesse spese), dal mancato versamento dei contributi da parte degli iscritti, dall'attribuzione di consulenze in violazione dei vincoli posti, in particolare, dall'art. 7 della l.n. 165/2001 e così via.

A questi si aggiungano il cattivo uso dei beni, come anche la loro gestione infruttifera, il percepimento di rimborsi spese non dovuti perché non riferibili ad attività istituzionali, l'acquisto di forniture senza procedura di evidenza pubblica, i danni da lite temeraria dovuta al mancato esercizio dell'autotutela quando questo ragionevolmente si imponeva, il cattivo uso del potere disciplinare nei confronti di un avvocato palesemente inidoneo, il quale, con evidente imperizia, abbia recato danno a terzi senza che l'ordine, pur a conoscenza di questa deprecabile condizione, sia mai intervenuto.

Il dibattito ha trovato un significativo momento a seguito dell'orientamento manifestato nel 2013 dalla sezione giurisdizionale per il Veneto, dal quale è discesa l'esclusione della giurisdizione della Corte dei conti in presenza di un indebito conferimento di incarichi esterni**[xxxviii]**.

In particolare, tale sezione ha ritenuto mancare, nella specie, la natura pubblica delle risorse impiegate (e potenzialmente distratte), pur in presenza di una attività resa da un ente pubblico, mettendo in crisi il criterio oggettivo per radicare la giurisdizione contabile, sostenuto da due presupposti fondamentali: la natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse impiegate. Secondo la sezione Veneto mancherebbe, in specie, il secondo presupposto, trattandosi di contributi provenienti da soggetti privati, in totale assenza di finanziamenti pubblici, escludendo, così, la possibilità di parlare di danno erariale.

Tale orientamento è stato ribaltato in sede d'appello nel 2016 e poi ha trovato nel 2019 l'avallo della Cassazione sul rilievo che, in realtà, i contributi privati hanno una destinazione pubblicistica, date le finalità degli ordini professionali, tenuto conto che la stessa attività libero-professionale presuppone necessariamente l'iscrizione all'albo**[xxxix]**. Peraltro, si tratta, come si è anticipato, di contributi obbligatori rispetto ai quali è ammessa la riscossione coattiva tramite ruoli, incardinando la giurisdizione tributaria.

La III Sezione Centrale ha rimarcato la natura pubblica dell'ente, del suo patrimonio e dei fini perseguiti, rilevando che la natura privata dei contributi percepiti non va risolta solo alla stregua dell'autofinanziamento per finalità, appunto, private, ma si riversa e si risolve in una prospettiva teleologicamente orientata al bene pubblico, al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, alla tutela del diritto alla difesa, ma anche alla stessa tenuta degli albi ed all'esercizio del potere disciplinare ed a tutta una serie di attività la cui desinenza pubblicistica è fuor di dubbio.

5. Conclusioni

Gli avvocati sono, in misura correlata al proprio ruolo ed alla concreta attività espletata, soggetti alla responsabilità amministrativa, e con essi, a certe condizioni, i componenti dei loro ordini professionali, rispetto ai quali – sia detto *per incidens* – parrebbe esclusa la funzione di controllo contabile in ragione della non appartenenza alla c.d. "finanza pubblica allargata" trattandosi di risorse di provenienza privata.

L'esperienza giurisdizionale, con le sue concrete latitudini e la indubbia tassonomia, può essere ricomposta sulla scia di alcune traiettorie fondamentali, sulle quali è necessario discutere

evitando petizioni di principio “innocentiste” o “giustizialiste”, sia nell’inverarsi delle responsabilità, sia nell’estendere la giurisdizione contabile.

Il rischio non è da poco, né può dirsi che la classe forense, attualmente, conosca una stagione particolarmente felice per numerose e ben note questioni irrisolte, dall’esame di abilitazione, ai costi dell’accesso alla professione, ad un mercato estremamente complicato da parcellizzazioni esasperate come dalla presenza di grossi studi associati in grado di assorbire le quote più interessanti di mercato (in modo del tutto legittimo, sia chiaro), dagli obblighi contributivi piuttosto onerosi anche per i neo iscritti.

Si consideri, infine, anche il rapporto con la Magistratura – non sempre felicissimo – la stretta fiscale (si parla dei regimi agevolati) ed i costi fissi dei giudizi (ad es., il contributo unificato, soprattutto in sede di giurisdizione amministrativa), nonché la disciplina in tema di condanna alle spese che assume a volte dimensioni eccessive e spropositate per il semplice fatto della soccombenza, persino quella virtuale.

Quanto si è andato osservando, dunque, va letto in un contesto maggiormente ampio, che concerne lo stato e le prospettive dell’avvocatura, del suo ruolo, quale soggetto impegnato nella corretta esplicazione della funzione giurisdizionale e della giustizia in senso lato. La caleidoscopica varietà della casistica, di cui si è dato solo un cenno, conduce ad essere prudenti nell’attribuzione di responsabilità che discendano meramente dall’esito dei giudizi e non da palesi sviste professionali, ferma restando l’evidente disparità con gli appartenenti all’ordine magistratuale, la cui responsabilità è assai vaga e rarefatta.

Non si invocano responsabilità per altri, ovviamente, ma è bene che il quadro sia compiuto secondo logiche di sistema e non affidate ad interventi estemporanei della giurisprudenza civile o contabile. Sono in gioco, infatti, l’autonomia e la professionalità degli avvocati – siano essi dipendenti di enti pubblici o liberi professionisti – ai quali deve essere consentito di svolgere gli incarichi conferiti con la debita serietà e serenità.

---

[i] A. Monorchio-L. Mottura, *Compendio di contabilità dello Stato,* Bari 2021, 455 ss.; AA.VV., *La pubblica Amministrazione* (*Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso: artt.97-98*), Bologna 1994; F. Tigano, *Corte dei conti e attività amministrativa*,

Torino 2008, 117 ss.; AA.VV., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano 1998; AA.VV., *Buon andamento della pubblica amministrazione e responsabilità degli amministratori*, Milano 1985; AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016), come modificato dal D.Lgs. n. 114/2019)*, a cura di A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo, Milano 2021.

[ii] F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano 2006, 37 ss.

[iii] Ci si riferisce, in specie, all'art. 17, comma 30-ter, **decreto legge 1 luglio 2009, n. 78**, convertito in **legge 3 agosto 2009, n. 102** e modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1), **decreto legge 3 agosto 2009, n. 103**, convertito, con modificazioni, dalla **legge 3 ottobre 2009, n. 141**.

[iv] Cfr. **legge n. 29 luglio 2021, n. 108** (G.U. n. 81 del 30 luglio 2021), che ha convertito con modificazioni il **decreto legge 31 maggio 2021, n. 77**; in proposito, L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. 'decreto semplificazioni'*, in *Federalismi* n. 30 del 4.11.2020, in *www.federalismi.it*.

[v] F. Tigano, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, in AA.VV., *La cultura del controllo indipendente nell'ordinamento italiano*, a cura di R. Scalia, Bari 2020, 123 ss.

[vi] A. Buscema, *Il ruolo di garanzia della Corte dei conti e il sistema camerale* (lectio magistralis), in *www.corteconti.it*.

[vii] Pubblicazione fondamentale sull'argomento, AA.VV., *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. Tenore, Napoli 2014, *passim*. Ad essa si deve buona parte delle seguenti riflessioni.

[viii] Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 279: "*Il professionista privato incaricato dalla P.A. deve ritenersi inserito in modo continuativo, ancorché temporaneo, nell'apparato organizzativo della*

P.A., tutte le volte in cui, assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali, contribuisca ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali e, cioè, tutte le volte in cui la relazione tra l'autore dell'illecito e l'ente pubblico danneggiato integri un rapporto di servizio in senso lato. La nozione di rapporto di semplice servizio (in senso lato) è quindi configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benché estraneo alla P.A., venga investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della medesima P.A., nella cui organizzazione, perciò, si inserisce, assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata".

[ix] Corte conti, sez. giur. Emilia Romagna, 30 aprile 2020 n. 40, in *www.corteconti.it*.

[x] Corte conti, s.g. III appello, 28 luglio 2016 n. 366 (riforma decisione Corte conti, Veneto, 12 giugno 2013 n. 199).

[xi] Tar Campania, Sa, sez. II 28 maggio 2015 n. 1197.

[xii] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015 n. 937: "*Gli avvocati dipendenti di enti pubblici, iscritti nell'albo speciale annesso all'albo professionale, sono abilitati al patrocinio esclusivamente per le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera, onde la cessazione del rapporto di impiego (per morte, dimissioni o pensionamento), determinando la mancanza di legittimazione a compiere e a ricevere atti processuali relativi alle cause proprie dell'ente, comporta il totale venir meno dello "ius postulandi" per una causa equiparabile a quelle elencate dall'art. 301 cod. proc. civ., con conseguente interruzione dei processi in cui gli stessi siano costituiti, non potendosi equiparare l'ufficio legale di un'amministrazione pubblica all'Avvocatura dello Stato dotata "ex lege" di mandato collettivo*".

[xiii] Tar Friuli Venezia Giulia, Ts, sez. I, 4 gennaio 2017 n. 3; Tar Campania, Na, sez. V, 24 gennaio 2013 n. 547 sanziona il caso in cui sia introdotto l'uso del *badge* anche per gli avvocati degli enti locali: "*E' illegittima la delibera con la quale un Comune ha disposto la rilevazione*

*automatica delle presenze anche per i dipendenti avvocati, esistendo un'incompatibilità logica e strutturale fra le mansioni implicate dal profilo professionale degli avvocati dipendenti del Comune e il sistema automatico di rilevazione fondato sul cd. "badge" che è stato loro fornito, dato che tale sistema si risolve, quanto meno in astratto, (anche al di là delle intenzioni di chi decide di adottarlo), in uno strumento idoneo obiettivamente a introdurre una limitazione dei profili di autonomia professionale e di indipendenza che vanno invece riconosciuti alla figura dell'avvocato, per prassi amministrativa, dalla costante giurisprudenza e soprattutto nel rispetto della vigente legislazione***";*** in proposito, anche Tar Lazio, sez. IIIq, 14 giugno 2019 n. 7713: *"L'attività degli avvocati, anche se pubblici dipendenti, è soggetta a scadenze e ritmi di lavoro che sfugge alla potestà organizzativa delle Amministrazioni, dipendendo dalle esigenze dei processi in corso nei quali essi sono impegnati, l'esercizio dell'attività di avvocato pubblico comportando, infatti, operazioni materiali (precipuamente procuratorie) ed intellettuali (esemplificatamente studio della controversia e predisposizione delle difese) necessitate dai tempi delle scadenze processuali e proiettate all'esterno, direttamente ascrivibili alla responsabilità del professionista che le svolge; ne deriva che il principio da tenere fermo è che gli avvocati dipendenti da Enti Pubblici, nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza e difesa giudiziale e stragiudiziale dell'Amministrazione, in attuazione del mandato in tal senso ricevuto, sono dei professionisti i quali non possono essere costretti ad un'osservanza rigida e rigorosa dell'orario di lavoro alla stessa stregua degli altri dipendenti, senza tenere conto della peculiarità dell'attività da loro svolta*".

[xiv] Tar Basilicata, sez. I, 11 ottobre 2014 n. 728.

[xv] Sulla distinzione tra indennizzo e risarcimento da ritardo, v. Tar Campania, Na, sez. V, 12 aprile 2021 n. 2346; sui presupposti (insufficienza solo annullamento provvedimento lesivo), Tar Lombardia, Bs, sez. I, 22 giugno 2020 n. 465; emblematico, Tar Lazio, Rm, sez. III stralcio, 13 gennaio 2020 n. 280.

[xvi] M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli 2018; C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli 2018.

[xvii] C. Rizzo, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *Federalismi*, n. 14 del 21.6.2021, in *www.federalismi.it*; S. Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino 2020.

[xviii] F. Tigano, *Inquadramento della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di G. Vecchio, S. Aleo, R. De Matteis, II, Milano 2014, 909 ss.

[xix] Molto puntuale ed interessante, da questo punto di vista, Corte conti, sez. contr. Lombardia n. 108/2018/PAR, la quale richiama la costante giurisprudenza in materia, i limiti ed i presupposti per la stipula delle transazioni:

"*- i limiti alla stipulazione della transazione da parte di enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, e cioè la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, e quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione. Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici, l'attività degli enti territoriali è finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'ente. Pertanto, i negozi giuridici conclusi con i privati non possono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa;*

- la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, ***da valutarsi in relazione alla natura delle pretese****, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti*

giurisprudenziali;

- ai fini dell'ammissibilità della transazione è necessaria l'esistenza di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico), che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Di conseguenza, il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione in quanto serve per individuare le reciproche concessioni, elemento collegato alla contrapposizione delle pretese che ciascuna parte ha in relazione all'oggetto della controversia. Si tratta di un elemento che caratterizza la transazione rispetto ad altri modi di definizione della lite;

- la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art 1966, co. 2 cod. civ.) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. E' nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge. In particolare, il potere sanzionatorio dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione possono farsi rientrare nel novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori (cfr. Sez. Lombardia n. 1116/2009 cit.);

- requisito essenziale dell'accordo transattivo disciplinato dal codice civile (artt. 1965 e ss.) è, in forza dell'art. 1321 dello stesso codice, la patrimonialità del rapporto giuridico".

[xx] G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003; F. Tigano, *Commento all'art. 11*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2017, 654 e ss.

[xxi] F. Tigano, *Indennizzo "reale" ed attività espropriativa nel caleidoscopio dei poteri ablatori. Il punto delle Sezioni Unite*, in *Giustiziainsieme.it*.

[xxii] Tar Piemonte, sez. I, 12 settembre 2016 n. 1139.

[xxiii] Sul punto, di recente, AA.VV., *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, a cura di M. Immordino e C. Celone, Napoli 2020; V. Tenore, *Profili ricostruttivi della responsabilità amministrativo-contabile dell'avvocato pubblico dipendente o del libero foro*, in *www.lexitalia.it*.

[xxiv] Cfr., Decreto Min. Giustizia 1 ottobre 2020 n. 163 "*Re*golamento concernente modifiche al decreto del Ministro della giustizia 12 agosto 2015, n. 144, recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, ai sensi dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 247**".**

[xxv] B. Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»: Cassazione civile, sez. III, sentenza 14/11/2017, n. 26824*, in *Foro It.*, n. 2/2018, 562 ss.

[xxvi] SS.UU., 19 gennaio 2018 n. 1408.

[xxvii] SS.UU., 15 marzo 2017 n. 6820.

[xxviii] Legge 8 marzo 2017, n. 24; in tema, AA.VV., *Responsabilità sanitaria,* a cura di S. Aleo, P. D'agostino, R. De Matteis, Milano 2018.

[xxix] G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli 2017.

[xxx] SS.UU., 12 aprile 2012 n. 5756.

[xxxi] Cfr. Delibera ANAC 24 ottobre 2018 (G.U. n. 264 del 13 novembre 2018), *Linee guida n. 12 recanti "Affidamento dei servizi legali*" (Delibera n. 907).

[xxxii] Si veda, tuttavia, Tar Campania, Sa, sez. II, 16 luglio 2014 n. 1383.

[xxxiii] Corte dei Conti, Sez. II centr. App., 16 maggio 2022 n. 222; notorio il c.d. "Caso Alemanno", laddove Corte dei conti, s.g. Lazio, con sentenza 29 maggio 2017 n. 124, si è espressa nei seguenti termini: "*Sussiste la responsabilità amministrativa nei confronti del Sindaco di un Comune che ha conferito incarichi giudiziali a legali esterni, pur in presenza di un ufficio legale interno, senza una preventiva – seria e concreta – verifica in ordine alla effettiva impossibilità di ricorrere a risorse interne, imposta sia dalle disposizioni regolamentari e più in generale, da norme*

di legge ordinaria, dovendo l'incarico essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi. L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto, perciò, da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico"; così anche il c.d. "caso Formigoni", laddove Corte dei conti, s.g. Lombardia 4 luglio 2017 n. 102 ha parimenti affermato: " *Sussiste la responsabilità amministrativa dei componenti della Giunta regionale per la decisione di avvalersi, per un giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, di un legale esterno, atteso che tale scelta appare ultronea, considerato che l'Avvocatura regionale annoverava, all'epoca dei fatti in contestazione, ben diciassette Avvocati di ruolo di cui sette abilitati al patrocinio in Cassazione, fra cui anche i due Avvocati che furono poi effettivamente impiegati oltre al legale esterno per il ricorso in Cassazione*".

[xxxiv] Tar Calabria, Cz, sez. I, 28 settembre2016 n. 1879; Tar Campania, Na, sez. V, 30 marzo 2020 n. 1301, nel ribadire l'autonomia organizzativa dell'Ufficio legale, precisa: "*Anche se è vero che l'attività delle amministrazioni deve essere ordinariamente svolta dai propri organi e uffici, tuttavia sussiste la possibilità di far ricorso a professionalità esterne sia pure esclusivamente nei casi previsti dalla legge o in relazione ad eventi e situazioni straordinarie non fronteggiabili con le disponibilità tecnico-burocratiche esistenti. In particolare, il conferimento di un incarico legale ad un professionista esterno deve tener conto sia dell'esistenza o meno di un ufficio legale interno ma soprattutto della qualificata prestazione da rendere in giudizio in relazione alla particolare complessità della questione controversa; l'accertamento della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, da compiersi in via preventiva da parte del soggetto pubblico conferente, devono evidenziarsi nella motivazione della delibera di conferimento dell'incarico, che puntualmente deve riportare le ragioni della scelta compiuta".*

[xxxv]Laddove, invece, il visto non sia obbligatorio la giurisdizione contabile non si radica; cfr. Corte conti, s.g. Friuli Venezia Giulia, 17 gennaio 2013 n. 2.

[xxxvi] Quanto alla differenza strutturale e funzionale tra avvocati degli enti pubblici e professionisti privati, il Consiglio di Stato, sez. VI, 23 dicembre 2016 n. 5448, osserva quanto segue: "*Sussistono varie differenze tra avvocati dipendenti da enti pubblici ed avvocati del libero foro, atteso che mentre questi ultimi, sul piano strutturale, stipulano con i clienti un contratto di prestazione d'opera professionale che è retto interamente dalle regole di diritto privato, con conseguente responsabilità secondo i principi civilistici, gli avvocati degli enti pubblici, invece, stipulano, da un lato, un contratto di lavoro con l'ente pubblico, in veste di datore di lavoro, che li inserisce, con qualifiche di funzionario o dirigente, nell'organizzazione dell'ente, dall'altro, un contratto di prestazione d'opera professionale con il medesimo ente pubblico, in veste di "cliente unico", con il quale viene conferito, secondo modalità dipendenti dalla tipologia di Ente che viene in rilievo, incarico di svolgere una determinata attività difensiva. Sul piano funzionale, l'attività che gli avvocati degli enti pubblici pongono in essere deve essere eseguita in piena autonomia al fine di assicurare il rispetto delle regole che operano per tutti gli avvocati, con la conseguenza che non sono ammesse interferenze da parte dell'Ente "cliente" in grado di condizionare le scelte difensive da assumere, ferma la responsabilità dell'avvocato secondo le regole generali nei confronti del rappresentante legale dell'Ente medesimo. Un secondo ambito attiene al contenuto "esterno" dell'attività e cioè al suo inserimento nell'ambito della complessiva organizzazione pubblica, in relazione alla quale l'Ente "datore di lavoro" conserva i suoi poteri privati e pubblici volti ad assicurare, mediante ad esempio la previsione di un orario di servizio, l'inserimento coordinato dell'attività svolta dall'avvocato nell'ambito della propria organizzazione, che rispetti sempre il proprium dei compiti assegnati*".

[xxxvii] Cfr. Parere del Consiglio Nazionale Forense reso nell'adunanza del 15 dicembre 2017.

[xxxviii] Cfr. Corte dei conti, s.g. Veneto, 12 giugno 2013 n. 199.

[xxxix] Cfr. Corte dei conti, sez. centr. App. 28 luglio 2016 n. 366 e SS.UU., 26 giugno 2019 n. 17118.