



*Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca*  
*Ufficio Scolastico Regionale per la Campania*  
DIREZIONE GENERALE

Ai Dirigenti Scolastici  
delle istituzioni scolastiche ed educative statali del Campania

Ai Dirigenti degli Uffici di Ambito Territoriale

Alle OO.SS. Area V

**Oggetto: Corso di formazione per i Dirigenti Scolastici in servizio**

**Pubblicazione materiali didattici 2° seminario**

Con la presente nota si pubblicano i materiali didattici del secondo seminario del corso di formazione, riservato ai Dirigenti Scolastici, tenutosi il giorno 15 novembre 2019, alle ore 9:00, presso la Sala Rossa di Monte S. Angelo - Università "Federico II", dal titolo:

***“SULL’ANTICORRUZIONE, SUI CONTRATTI PUBBLICI E LE RESPONSABILITÀ”***

Si ricorda che il terzo seminario è previsto per il giorno **22 novembre 2019** come da programma di seguito illustrato:

<b>GIORNO</b>	<b>ORARIO</b>	<b>RELATORE</b>	<b>AREA TEMATICA</b>
► 22 novembre 2019	Ore 9:00 registrazione e welcome coffee  Ore 9:30 – 13:30	<b><i>Carmino Roberto</i></b> Avvocato dello Stato Avvocatura dello Stato Napoli	<i>Anticorruzione: quadro normativo e applicazione nelle scuole</i>

**Il Direttore Generale**  
*Luisa Franzese*

*documento firmato digitalmente ai sensi del c.d.*

*Codice dell'Amministrazione Digitale e normativa connessa*

# Dirigenti pubblici e responsabilità

PUBBLICO - Dirigenti pubblici (I aggiornamento) di Maria Pia Genesin

(Anno di pubblicazione: 2011)

**BLegislazione:** [l. 8-6-1990, n. 142](#) (ordinamento delle autonomie locali); [l. 23-10-1992, n. 421](#) (delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale); [d.lg. 3-2-1993, n. 29](#) (razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'[art. 2](#) della [l. 23-10-1992, n. 421](#)); [d.lg. 18-11-1993, n. 470](#) (disposizioni correttive del [d.lg. 3-2-1993, n. 29](#), recante razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego); [d.lg. 23-12-1993, n. 546](#) (ulteriori modifiche al [d.lg. 3-2-1993, n. 29](#) sul pubblico impiego); [l. 15-3-1997, n. 59](#) (delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa); [l. 15-5-1997, n. 127](#) (misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo); [d.lg. 31-3-1998, n. 80](#) (nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'[art. 11, 4° co.](#), della [l. 15-3-1997, n. 59](#)); [16-6-1998, n. 191](#) (modifiche ed integrazioni alle [l. 15-3-1997, n. 59](#), e [l. 15-5-1997, n. 127](#), nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia

scolastica); [d.lg. 29-10-1998, n. 387](#) (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del [d.lg. 3-2-1993, n. 29](#), e successive modificazioni, e del [d.lg. 31-3-1998, n. 80](#)); [d.p.r. 26-2-1999, n. 150](#) (regolamento recante disciplina delle modalità di costituzione e tenuta del ruolo unico della dirigenza delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e della banca dati informatica della dirigenza, nonché delle modalità di elezione del componente del comitato di garanti); [d.lg. 30-7-1999, n. 286](#) (riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'[art. 11](#) della [l. 15-3-1997, n. 59](#)); [d.lg. 30-7-1999, n. 300](#) (riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'[art. 11](#) della [l. 15-3-1997, n. 59](#)); [d.lg. 30-7-1999, n. 303](#) (ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a norma dell'[art. 11](#) della [l. 15-3-1997, n. 59](#)); [d.lg. 18-8-2000, n. 267](#) (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali); [d.lg. 30-3-2001, n. 165](#) (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche); [l. Cost. 18-10-2001, n. 3](#) (modifiche al titolo V della parte seconda della Cost.); [l. 15-7-2002, n. 145](#) (disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato); [d.p.r. 23-4-2004, n. 108](#) (regolamento recante disciplina per l'istituzione, l'organizzazione ed il funzionamento del ruolo dei dirigenti presso le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo); [d.l. 30-6-2005, n. 115](#) (disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione), conv. nella [l. 17-8-2005, n. 168](#); [d.lg. 11-4-2006, n. 198](#) (codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'[art. 6](#) della [l. 28-11-2005, n. 246](#)); [d.l. 3-10-2006, n. 262](#) (disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), conv. nella [l. 24-11-2006, n. 286](#); [d.l. 25-6-2008, n. 112](#) (disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la

semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), conv. nella [l. 6-8-2008, n. 133](#); [l. 4-3-2009, n. 15](#) (delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti); [d.lg. 27-10-2009, n. 150](#) (attuazione della [l. 4-3-2009, n. 15](#), in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni); [d.l. 31-5-2010, n. 78](#) (misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), conv. nella [l. 30-7-2010, n. 122](#); [d.lg. 1-8-2011, n. 141](#) (modifiche ed integrazioni al [d.lg. 27-10-2009, n. 150](#) in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, a norma dell'[art. 2, 3° co.](#), della [l. 4-3-2009, n. 15](#)).

Sommario: 1. La valorizzazione del ruolo della dirigenza pubblica a seguito dell'introduzione del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo dalle funzioni di direzione. - 2. Le alterne fortune del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo dalle funzioni di gestione: dalla l. n. 142/1990 al d.lg. 150/2009. - 3. La disciplina della dirigenza pubblica tra prima e seconda privatizzazione. - 4. Qualifiche e funzioni dirigenziali. - 5. Il ruolo dei dirigenti statali. - 6. Gli incarichi di funzioni dirigenziali. - 7. La responsabilità dirigenziale.

### **1. La valorizzazione del ruolo della dirigenza pubblica a seguito dell'introduzione del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo dalle funzioni di direzione.**

La storia recente della disciplina della dirigenza pubblica si innesta sul problema, avvertito sin dalla seconda metà del XIX sec., della distinzione tra sfera politica e sfera amministrativa al fine di garantire un'azione amministrativa di apparato improntata ai principi di buon andamento e di imparzialità sanciti [dall'art. 97 Cost.](#)

L'intuizione del legislatore, al fine di conciliare il principio di responsabilità ministeriale per gli atti del dicastero e, dunque, l'accentramento dei poteri decisionali in capo all'organo politico di vertice ([art. 95 Cost.](#)), con i principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa ([art. 97 Cost.](#)), è consistita nella valorizzazione del ruolo della dirigenza pubblica. Il legislatore, a far data dalla [l. 8-6-1990, n. 142](#), per quanto concerne gli Enti locali, e dal d.lg. 3-2-1993, n. 29, per quanto concerne l'intero sistema degli enti territoriali, ha attribuito alla dirigenza, in maniera via via sempre più netta, autonomi poteri decisionali correlati all'assunzione di una specifica ipotesi di responsabilità per i risultati, denominata dirigenziale. Tale scelta organizzativa ha determinato l'affermazione del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo dalle funzioni di gestione amministrativa: le prime riservate agli organi politici di vertice; le seconde alla dirigenza.

Il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione ha un diretto fondamento costituzionale, essendo espressione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, come la Corte costituzionale ha avuto modo più volte di sottolineare a far data, in particolare, dalla sent. [23-3-2007, n. 103](#). Dal diretto fondamento costituzionale di tale principio deriva il carattere vincolante del medesimo nei confronti delle amministrazioni regionali e locali, nonostante sia riservata alla potestà legislativa dello Stato, ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. g), Cost., la disciplina dell'organizzazione dei soli enti pubblici che gravitano attorno ad esso. In linea più generale, si può affermare che la legislazione statale in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni deve essere considerata vincolante anche per l'intero universo delle pubbliche amministrazioni nella misura in cui pone principi generali aventi diretto fondamento [nell'art. 97 Cost.](#), fra i quali si colloca, per l'appunto, il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione.

Per effetto dell'accoglimento del principio di distinzione funzionale politica/amministrazione si è reso necessario ristrutturare l'organizzazione della pubblica amministrazione, rivedendo in radice l'assetto dei rapporti fra organi politici e organi burocratici; si è anche reso necessario reinterpretare il concetto di responsabilità ministeriale per renderlo compatibile con una realtà organizzativa che non vede più le competenze di ordinaria amministrazione concentrate in capo all'organo politico di vertice. La responsabilità ministeriale configurata [dall'art. 95](#)

Cost. dovrebbe essere, pertanto, intesa come responsabilità politica per la conformità dell'attività complessiva del dicastero alla politica generale del Governo.

L'assetto organizzativo attuale della pubblica amministrazione non è più improntato al criterio gerarchico di organizzazione dei rapporti ministro/dirigenti, essendo incentrato su un differente modello di relazione interorganica denominata di direzione, nella quale l'organo politico è, in linea di principio, estromesso dalla titolarità di poteri di gestione e di ordinaria amministrazione. Il principio di distinzione delle funzioni trova, però, un contrappeso nella condizione di dipendenza strutturale dei dirigenti di più alto livello (dirigenza apicale e generale) dall'organo politico di vertice derivante dal vigente sistema di incarichi di funzioni dirigenziali a tempo determinato con possibilità di mancato rinnovo alla scadenza senza obbligo di motivazione.

## **2. Le alterne fortune del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo dalle funzioni di gestione: dalla l. n. 142/1990 al d.lg. 150/2009.**

L'innovativa soluzione organizzativa basata sulla riserva alla dirigenza delle funzioni di amministrazione attiva e di gestione, con conseguente assunzione di responsabilità per i risultati, viene sperimentata dal legislatore, inizialmente, in occasione della riforma dell'ordinamento delle autonomie locali. L'art. 51 della [l. n. 142/1990](#) ha introdotto il principio, in seguito confermato dall'art. 107 del d.lg. 18-8-2000, n. 267, secondo il quale i poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre i poteri gestionali (gestione amministrativa, finanziaria e tecnica) sono attribuiti ai dirigenti, i quali dispongono di autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Tale principio organizzativo vincola l'autonomia normativa degli Enti locali, dovendo ad esso uniformarsi gli statuti e i regolamenti locali. A garanzia del rinnovato assetto delle funzioni negli Enti locali, l'art. 107 d.lg. n. 267/2000 statuisce, 4° co., che, in futuro, si potrà derogare alla regola, che sancisce la spettanza alla dirigenza delle funzioni di gestione, solo espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative; tale articolo, 5° co., prevede, altresì, che le disposizioni pregresse, che attribuiscono competenze gestionali agli organi di governo dell'ente, debbano essere intese nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti. Dal rinnovato criterio di riparto delle

funzioni l'art. 107, 6° co., fa discendere la diretta responsabilità dei dirigenti, in via esclusiva, in relazione al conseguimento degli obiettivi dell'ente, alla correttezza amministrativa, all'efficienza e ai risultati della gestione.

Si ricorda che sono esentati dall'applicazione rigida del principio di distinzione delle funzioni degli organi di governo da quelle degli organi burocratici i Comuni di piccole dimensioni (con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti) nei quali i regolamenti di organizzazione, in presenza di determinate condizioni e con l'obiettivo di un contenimento della spesa pubblica, possono assegnare al sindaco oppure ai singoli assessori la responsabilità degli uffici e dei servizi e il potere di adottare atti di ordinaria amministrazione ([l. 23-12-2000, n. 388](#), art. [53, 23° co.](#)).

L'ordinamento degli Enti locali ha rappresentato il modello a cui il legislatore ha attinto per riformare l'assetto organizzativo dell'amministrazione statale e, più in generale, di tutte le amministrazioni a vertice politico, enti territoriali compresi. In tale direzione si è mosso il d.lg. n. 29/1993 che, nel dare avvio al processo di privatizzazione e di contrattualizzazione del pubblico impiego, ha elevato il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione a canone organizzativo universale. Attualmente, tale principio è alla base di tutta la disciplina della dirigenza pubblica recata dal d.lg. 30-3-2001, n. 165, c.d. t.u. sul pubblico impiego; in particolare, ad esso fanno riferimento gli artt. 4 e 14, 16, 17. L'art. 4 individua i principi generali di riparto delle competenze valevoli per tutte le pubbliche amministrazioni a vertice politico, enti territoriali minori compresi, e, con gli opportuni adattamenti, anche per le amministrazioni prive di organi di vertice legittimati politicamente; gli artt. 14, 16, 17 sanciscono le regole di riparto delle funzioni valevoli per le sole amministrazioni statali.

Ai sensi dell'art. 4 del d.lg. n. 165/2001 ai dirigenti è riservata la competenza relativa all'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, e la competenza gestionale (finanziaria, tecnica e amministrativa), mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Agli organi politici di vertice sono, invece, assegnate le funzioni di alta amministrazione dell'ente e, dunque, la definizione degli obiettivi e la verifica della rispondenza dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti.

Accanto alle competenze delineate dall'art. 4 si aggiungono quelle evidenziate dall'art. 5 del d.lg. n. 165/2001, ai sensi del quale «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro». Nell'ambito delle competenze delineate dal citato art. 5 rientrano, in particolare, le misure inerenti la gestione delle risorse umane nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici.

L'insieme di competenze tracciato dall'art. 5 cit. induce a riflettere sulla peculiare configurazione giuridica e, in particolare, sulla duplice natura del dirigente pubblico, il quale risulta essere, al contempo, lavoratore subordinato alle dipendenze della pubblica amministrazione che lo ha assunto e datore di lavoro con compiti di direzione e di organizzazione degli uffici ad esso subordinati.

La sfera di competenza riservata alla dirigenza sul piano gestionale è protetta dal d.lg. n. 165/2001 in modo analogo a quanto previsto dal d.lg. n. 267/2000 per ciò che concerne la dirigenza degli Enti locali. L'art. 4, 3° co., d.lg. n. 165/2001 regola i rapporti con fonti future, prevedendo che deroghe alle competenze gestionali dei dirigenti possono essere introdotte solo espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. L'art. 70 del d.lg. n. 165/2001 regola, invece, i rapporti con le fonti normative preesistenti imponendone un'interpretazione adeguatrice volta a conferire ai dirigenti le competenze gestionali attribuite, per il passato, ad organi politici.

Una battuta d'arresto nel percorso di radicamento del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione è stato segnato dall'emanazione della [l. 15-7-2002, n. 145](#), la quale, pur lasciando formalmente inalterate le regole di riparto delle funzioni fra organi politici e organi burocratici, ha accentuato la condizione di dipendenza strutturale dei secondi dai primi. Il regime degli incarichi di funzioni dirigenziali è stato modificato, rendendo l'incarico privo di un termine minimo di durata; contestualmente si è ridotto il termine massimo di durata dell'incarico stesso, con un effetto di maggiore precarizzazione della dirigenza pubblica.

Nel senso, invece, di un rafforzamento del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione amministrativa si è mosso il

d.lg. 24-10-2009, n. 150, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, ancorché con risultati non sempre appaganti sul piano delle relazioni strutturali fra vertice politico e vertici burocratici.

### **3. La disciplina della dirigenza pubblica tra prima e seconda privatizzazione.**

Il processo di riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni avviato dal d.lg. n. 29/1993, che ha assoggettato tale rapporto alla disciplina privatistica in materia di lavoro subordinato e alle fonti contrattuali, si articola in due fasi normalmente definite di prima privatizzazione e di seconda privatizzazione. La prima fase ha inizio con l'emanazione della l. di delegazione 23-10-1992, n. 421, attuata dal d.lg. n. 29/1993, e comprende i decreti legislativi correttivi di quest'ultimo 18-11-1993, n. 470 e 23-12-1993, n. 546. La seconda fase di privatizzazione prende avvio con l'emanazione della l. di delegazione 15-3-1997, n. 59, attuata dai decreti legislativi 31-3-1998, n. 80 e 29-10-1998, n. 387, di modifica del d.lg. n. 29/1993. Le consistenti e ripetute modifiche al testo originario del d.lg. n. 29/1993 hanno indotto il legislatore a riordinare la materia attraverso l'emanazione del d.lg. n. 165/2001.

La differenza fra le due fasi di privatizzazione è segnata dal diverso ambito di applicazione della disciplina privatistica che, a partire dai decreti correttivi del 1998, ha incluso anche la c.d. micro-organizzazione, assegnata alla competenza esclusiva dei dirigenti, relativa alla sfera più bassa dell'organizzazione amministrativa, caratterizzata dalle determinazioni inerenti l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro (art. 5 del d.lg. n. 165/2001).

In tal modo, la sfera più bassa dell'organizzazione amministrativa è stata sottratta, con il conforto della giurisprudenza costituzionale ([C. Cost. 25-7-1996, n. 313](#) e [16-10-1997, n. 309](#)), alla riserva di fonti pubblicistiche in materia di organizzazione dei pubblici uffici sancita [dall'art. 97, 1° co., Cost.](#) Da tale soluzione organizzativa è derivata anche la peculiare connotazione del dirigente quale dipendente dell'amministrazione di appartenenza, dotato del potere di compiere atti rilevanti all'esterno (provvedimenti, contratti), e quale datore di lavoro con poteri di organizzazione degli uffici e di gestione delle risorse umane e strumentali.

Nella sfera pubblicistica resta, invece, la c.d. macro-organizzazione che, ai sensi dell'art. 2 del d.lg. n. 165/2001, riguarda la definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi nonché la determinazione delle dotazioni organiche complessive. La macro-organizzazione è di competenza degli organi politici di vertice.

Non pare corretto affermare che la l. di delegazione 4-3-2009, n. 15 e il d.lg. attuativo n. 150/2009 abbiano segnato una terza fase del processo di privatizzazione; piuttosto, si può rilevare come si assista ad un'operazione di emarginazione della contrattazione collettiva a vantaggio delle fonti eteronome, legge e atti unilaterali di organizzazione, di disciplina del lavoro pubblico. In altri termini, con la riforma del 2009 il legislatore ha ridotto gli ambiti di operatività della contrattazione collettiva, senza con ciò esprimere una maggiore predilezione per le fonti pubblicistiche o privatistiche di regolamentazione dei rapporti di lavoro.

L'emanazione della [l. n. 15/2009](#) e del d.lg. n. 150/2009 è avvenuta nel segno della rilegificazione delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche - i quali restano, salvo eccezioni, disciplinati dal diritto privato e regolati contrattualmente - come emerge dalla riforma dell'art. 2, 2° co., del d.lg. n. 165/2001 finalizzata al superamento della precedente regola della derogabilità della legislazione speciale successiva da parte della contrattazione collettiva. In tal modo, avendo introdotto l'opposta regola della inderogabilità della legislazione speciale successiva, salvo diversa indicazione espressa di legge, il legislatore ha sottratto spazi alla contrattazione collettiva, consentendo il ripristino di aree di regime speciale per i dipendenti pubblici o per determinate categorie di essi.

#### **4. Qualifiche e funzioni dirigenziali.**

A partire dal d.lg. n. 29/1993 viene ridotto a due il numero delle qualifiche dirigenziali previsto dal [d.p.r. n. 748/1972](#), residuando in tal modo quelle di dirigente e di dirigente generale. Il legislatore delegato ha, inizialmente, proceduto alla privatizzazione del rapporto di lavoro dei soli dirigenti con esclusione dei dirigenti generali. Tale soluzione organizzativa non è apparsa discriminatoria alla Corte costituzionale (sent. [n. 313/1996](#)), che ha considerato giustificata l'esenzione della dirigenza generale dalla privatizzazione in ragione della posizione di contiguità fra quest'ultima e il

vertice politico. L'assimilazione della dirigenza generale alla restante dirigenza per quanto concerne il regime giuridico del rapporto di lavoro avverrà successivamente ad opera delle riforme del 1998, generando delle perplessità legate alla temporaneità dell'incarico di funzioni dirigenziali e, conseguentemente, alla condizione di precarietà nella quale la dirigenza generale dovrebbe operare. Tali perplessità non hanno convinto la Corte costituzionale che ha confermato la discrezionalità del legislatore nel scegliere il tipo di disciplina applicabile alla dirigenza purché siano garantiti la stabilità dell'incarico di funzioni dirigenziali e l'autonomia decisionale rispetto all'organo politico di vertice (ord. [30-1-2002, n. 11](#)).

Con l'emanazione dei decreti correttivi del 1998 il legislatore ha preso radicalmente le distanze dal modello di disciplina della dirigenza pubblica rappresentato dal [d.p.r. n. 748/1972](#), eliminando l'articolazione della dirigenza in due qualifiche e suddividendola in due fasce (prima fascia e seconda fascia). Il binomio qualifica/funzione proprio del previgente sistema non è più operativo poiché l'appartenenza alla fascia più elevata (prima fascia) non costituisce più un presupposto indispensabile per poter svolgere funzioni dirigenziali di livello generale, diversamente da quanto a suo tempo ancora previsto dal d.lg. n. 29/1993.

Il sistema attuale conferma le scelte operate nella stagione della seconda privatizzazione come si desume dalla circostanza che i dirigenti di seconda fascia possono svolgere funzioni di direzione di uffici dirigenziali di livello generale, essendo questa una delle modalità per transitare dalla seconda fascia alla prima. Dunque, la disciplina vigente è incentrata sulle funzioni e sui relativi incarichi, essendo questi ultimi a qualificare il dirigente come soggetto preposto allo svolgimento di funzioni dirigenziali di livello generale o meno.

Nell'ordinamento vigente esistono due tipologie di funzioni dei dirigenti, potendosi distinguere fra funzioni dirigenziali, disciplinate dal d.lg. n. 165/2001, e funzioni ispettive, di consulenza, di studio e di ricerca o altri incarichi specifici di livello dirigenziale previsti dall'ordinamento, disciplinate dal [d.p.r. 23-4-2004, n. 108](#).

Le funzioni dirigenziali a livello statale sono tripartite, potendosi distinguere fra: funzioni dirigenziali di livello apicale, corrispondenti agli incarichi di segretario generale, capo dipartimento o incarichi di coordinamento di uffici dirigenziali di livello generale; funzioni dirigenziali

di livello generale; funzioni dirigenziali. Le funzioni apicali non sono definite direttamente dal d.lg. n. 165/2001, che rinvia (art. 16, 5° co., d.lg. n. 165 cit.) all'ordinamento delle singole amministrazioni; le funzioni dirigenziali di livello generale e le funzioni dirigenziali tout court sono elencate, rispettivamente, dagli artt. 16 e 17 del d.lg. n. 165/2001. Come si può notare, mentre la dirigenza statale risulta articolata in due fasce, le tipologie di incarichi di funzioni dirigenziali sono tripartite. Tutte le tipologie di funzioni sopra elencate sono conferite secondo le modalità definite dall'art. 19 del d.lg. n. 165/2001, che detta la disciplina degli incarichi di funzioni dirigenziali a cui sono soggetti anche gli incarichi di funzioni di consulenza, studio, ricerca.

La dirigenza di livello apicale svolge essenzialmente, come può desumersi dal d.lg. 30-7-1999, n. 300, funzioni di direzione e di coordinamento degli uffici dirigenziali di livello apicale, costituendo un elemento di collegamento fra organo politico di vertice, al quale essa è legata da un rapporto di tipo fiduciario, e restante apparato burocratico. In ragione della stretta contiguità con l'organo politico di vertice e del legame fiduciario con esso (fiduciarità anche politica) la dirigenza apicale deve essere mantenuta distinta, sul piano delle funzioni, dalla dirigenza professionale, in particolare di livello generale; a quest'ultima, e non a quella apicale, devono intendersi riservate le funzioni di gestione e di ordinaria amministrazione. Alla stregua della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze [nn. 103 e 104 del 2007](#)), si può affermare che, proprio in ragione dello stretto legame con l'organo politico, la dirigenza di livello apicale può essere assoggetta ad istituti di spoils system consistenti nel subordinare la durata dell'incarico di livello apicale alla durata in carica dell'organo politico che lo ha conferito.

La dirigenza professionale svolge le funzioni di direzione e gestione degli uffici a cui è preposta, con i poteri del privato datore di lavoro; è competente all'adozione di atti che vincolano l'amministrazione verso l'esterno; se di livello generale, collabora con l'organo politico di vertice, formulando proposte ed esprimendo pareri. A tali competenze si assommano quelle previste dal d.lg. n. 150/2009, che ha inserito i dirigenti nel ciclo di gestione della performance (Titolo II d.lg. n. 150/2009) e ne ha ampliato le competenze in relazione ai procedimenti disciplinari (art. 55 bis del d.lg. n. 165/2001). Si ricorda, infine, che i dirigenti preposti ad uffici dirigenziali di livello generale hanno alcuni poteri propri della relazione di gerarchia nei confronti dei dirigenti poiché possono delegare a questi

ultimi l'adozione di atti e di provvedimenti e l'esercizio di poteri di spesa e di entrata; sostituirsi ai dirigenti in caso di inerzia; proporre l'adozione di misure sanzionatorie in caso di responsabilità dirigenziale; decidere sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti.

Analoghi poteri di supremazia gerarchica non spettano, invece, al Ministro al quale è espressamente precluso (art. 14, 3° co., d.lg. n. 165/2001) revocare, riformare, riservare, avocare a sé o altrimenti adottare atti o provvedimenti di competenza dei dirigenti. Risulta previsto in capo all'organo politico il potere sostitutivo in caso di inerzia o di ritardo con nomina di un commissario ad acta nonché il potere di annullamento per motivi di legittimità, che si aggiunge al potere di annullamento governativo di cui all'art. 2, 3° co., lett. p), [l. 23-8-1988, n. 400](#).

Dal quadro esposto deriva che mentre la dirigenza apicale dovrebbe rimanere estranea alle funzioni di ordinaria amministrazione e di gestione, fungendo da trait d'union fra la sfera politica e quella burocratica, la dirigenza professionale concentra su di sé le funzioni gestionali. All'organo politico di vertice spettano, invece, le funzioni di indirizzo politico-amministrativo (alta amministrazione) elencate dall'art. 4 del d.lg. n. 165/2001 e sintetizzabili nel complesso di funzioni attinenti alla definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e alla verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Per l'amministrazione statale l'art. 14 del d.lg. n. 165/2001 individua nel Ministro l'organo di indirizzo politico-amministrativo, imponendogli due adempimenti fondamentali: la definizione, mediante direttive generali, degli obiettivi e dei programmi di attuare; l'individuazione e l'assegnazione ad ogni ufficio di livello dirigenziale generale delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie.

Le competenze dell'organo politico di vertice sono state arricchite dal d.lg. n. 150/2009 che ha coinvolto il medesimo nel ciclo di gestione della performance finalizzato alla misurazione e valutazione della performance organizzativa ed individuale delle pubbliche amministrazioni ed articolato in una serie di fasi illustrate dall'art. 4 del d.lg. n. 150 cit. L'art. 15 del d.lg. n. 150 cit. prevede che l'organo politico di vertice debba: emanare le direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; definire, in collaborazione con i dirigenti, il Piano della performance e la Relazione

sulla performance; verificare il conseguimento effettivo degli obiettivi strategici; definire il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'art. 11 del d.lg. n. 150/2009.

## **5. Il ruolo dei dirigenti statali.**

L'incarico di funzioni dirigenziali è assegnato, salvo il caso di incarichi a soggetti esterni, a soggetti iscritti nel ruolo dei dirigenti. L'art. 23 del d.lg. n. 165/2001 prevede un ruolo per ogni amministrazione statale, riproducendo quanto a suo tempo sancito dalla [l. n. 145/2002](#). In precedenza il d.lg. n. 29/1993 aveva previsto l'istituzione di un albo dei dirigenti in servizio presso le amministrazioni pubbliche che doveva essere tenuto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica. Nel 1998, in attuazione della delega contenuta nella [l. n. 59/1997](#), venne introdotto il ruolo unico della dirigenza, successivamente istituito con il [d.p.r. 26-2-1999, n. 150](#). Nel ruolo unico erano iscritti tutti i dirigenti in servizio presso le amministrazioni statali, articolati in due fasce rilevanti, come accade tuttora, ai fini del trattamento economico e del conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale. La finalità a cui assolveva il ruolo unico era quella di consentire la mobilità orizzontale dei dirigenti da un Ministero all'altro, favorendo l'acquisizione di competenze generalistiche analoghe a quelle del management privato.

Il ruolo unico è stato abolito dalla [l. n. 145/2002](#), che ha previsto l'istituzione, presso ogni singola amministrazione dello Stato, del ruolo dei dirigenti, articolato in due fasce, ognuna delle quali suddivisa in sezioni così da evidenziare le specificità tecniche del singolo iscritto. La disciplina dell'organizzazione e del funzionamento dei predetti ruoli è recata dal [d.p.r. n. 108/2004](#).

Ai sensi dell'art. 23 del d.lg. n. 165/2001, i dirigenti di nuova nomina accedono alla seconda fascia del ruolo. Il reclutamento dei dirigenti avviene attraverso due modalità fra loro alternative previste dall'art. 28 del d.lg. n. 165 cit.: per concorso per esami indetto dalla singola amministrazione; per corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione. All'atto dell'assunzione il dirigente stipula con l'amministrazione di appartenenza un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sul quale si fonda il rapporto di servizio. Una volta instaurato il rapporto di servizio con l'amministrazione a tempo indeterminato, il dirigente resta in attesa del conferimento

dell'incarico di funzioni per effetto del quale è instaurato il rapporto d'ufficio a tempo determinato.

Ai sensi dell'art. 23 del d.lg. n. 165/2001, nella prima fascia del ruolo transitano i dirigenti di seconda fascia che abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti per almeno cinque anni, anche per periodi non continuativi, senza essere incorsi nelle misure di cui all'art. 21 del d.lg. n. 165 cit. per i casi di responsabilità dirigenziale. L'accesso alla prima fascia può avvenire anche, per il 50% dei posti disponibili, tramite concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni (art. 28 bis del d.lg. n. 165/2001). L'art. 28 bis prevede anche che, qualora lo svolgimento dell'incarico richieda specifica esperienza e peculiare professionalità, alla copertura dei posti e, in ogni caso, per una quota non superiore alla metà di quelli da mettere a concorso, si possa provvedere con contratti di diritto privato a tempo determinato, di durata non superiore a tre anni, a seguito di concorso pubblico aperto ai soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti alle funzioni da ricoprire. L'art. 28 bis assimila, in tal modo, l'accesso alla prima fascia a seguito di concorso pubblico, a cui segue l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, al conferimento dell'incarico mediante contratto di diritto privato stipulato a seguito di concorso pubblico, ampliando nella sostanza le ipotesi di incarichi di funzioni dirigenziali a soggetti terzi.

## **6. Gli incarichi di funzioni dirigenziali.**

La disciplina degli incarichi di funzioni dirigenziali è contenuta nell'art. 19 del d.lg. n. 165/2001 che, allineandosi alle scelte compiute dal legislatore con gli interventi correttivi del 1998, mantiene ferma la scissione fra regime del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica, a tempo indeterminato, e regime degli incarichi di funzioni dirigenziali, a tempo determinato. Il rapporto di lavoro trova fondamento nel contratto individuale che il vincitore del concorso o del corso-concorso stipula con l'amministrazione di appartenenza ed è soggetto a disciplina privatistica; il dirigente neo-assunto è iscritto nella seconda fascia del ruolo e, per svolgere le relative funzioni, deve ricevere il relativo incarico.

Occorre ricordare che gli incarichi di funzioni dirigenziali possono essere conferiti, oltre che a dirigenti dei ruoli dell'amministrazione di appartenenza, altresì a dirigenti non appartenenti ai ruoli

dell'amministrazione che conferisce l'incarico oppure a soggetti esterni, nel rispetto dei limiti percentuali sanciti rispettivamente dal co. 5° bis e dal co. 6° dell'art. 19. A tale proposito va segnalato che la [l. n. 15/2009](#) aveva previsto, come criterio direttivo, la riduzione delle quote percentuali di dotazione organica entro le quali è possibile il conferimento di incarichi a soggetti non appartenenti ai ruoli oppure a soggetti esterni. Tale criterio direttivo non è, però, stato soddisfatto dal d.lg. n. 150/2009, che non ha rivisto le soglie percentuali precedentemente previste dall'art. 19 del d.lg. n. 165/2001 ed, anzi, pare aver ampliato la possibilità di ricorso a soggetti terzi consentendo l'affidamento di incarichi corrispondenti a quelli di dirigente di prima fascia mediante contratti di diritto privato a tempo determinato allorché lo svolgimento degli stessi richieda specifica esperienza e peculiare professionalità (art. 28 bis d.lg. n. 165/2001).

La competenza al conferimento dell'incarico è diversamente distribuita a seconda della tipologia di incarico da conferire. Gli incarichi apicali sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente; gli incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale sono conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente; gli incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale sono conferiti dai dirigenti di uffici di livello dirigenziale generale.

L'incarico di funzioni dirigenziali è, come si è detto, temporaneo e la disciplina attualmente vigente prevede che la durata dello stesso debba essere correlata agli obiettivi prefissati e non possa, in ogni caso, essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni. In caso di primo conferimento ad un dirigente di seconda fascia di incarichi di funzioni dirigenziali generali o di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni. Non è contemplato il criterio della rotazione, inizialmente previsto dal d.lg. n. 165/2001, successivamente rimosso dalla [l. n. 145/2002](#); pertanto, è possibile che si verifichi una stabilizzazione dell'incarico a dirigente che risulti particolarmente gradito all'organo di governo.

Controversa è la natura dell'atto di conferimento dell'incarico. Dal tenore letterale dell'art. 19 del d.lg. n. 165/2001 si ricava che la fattispecie di conferimento dell'incarico è complessa, risultando dall'abbinamento di un provvedimento di conferimento dell'incarico, con cui sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire nonché la durata

dell'incarico, e di un contratto, che al primo accede e nel quale è definito il trattamento economico corrispondente all'incarico conferito.

Dubbi sussistono in dottrina in merito alla natura del "provvedimento" di conferimento dell'incarico, oscillando la stessa fra la concezione pubblicistica che intende tale atto come provvedimento amministrativo soggetto alle garanzie procedurali previste dalla [l. 7-8-1990, n. 241](#), e la concezione privatistica, che reputa il medesimo espressione del potere del datore di lavoro di gestione del rapporto di lavoro. Quest'ultima tesi è quella che maggiormente convince la Corte di Cassazione ([Sez. Lavoro, 20-4-2004, n. 5659](#)).

In ogni caso, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale (sent. [n. 103/2007](#)), la regola della partecipazione procedimentale e l'obbligo di motivazione generalizzato previsti dalla [l. n. 241/1990](#) costituiscono delle garanzie procedurali minime aventi diretto fondamento [nell'art. 97 Cost.](#), essendo preordinate al rispetto del principio di imparzialità. Per tale ragione, secondo la Corte costituzionale, esse devono trovare applicazione anche con riguardo alla fattispecie di revoca dell'incarico di funzioni dirigenziali, a prescindere dalla natura pubblicistica o privatistica dell'attività espletata dalla pubblica amministrazione.

Il testo attualmente vigente dell'art. 19 del d.lg. n. 165/2001, a seguito delle modifiche apportate dal d.lg. n. 150/2009, presenta aspetti di proceduralizzazione della fattispecie di conferimento dell'incarico. In primo luogo, risultano meglio precisati i profili da valutare ai fini del conferimento dell'incarico (art. 19, 1° co.), per quanto residuino ampi spazi di valutazione discrezionale tanto maggiori per gli incarichi di funzioni dirigenziali di livello apicale. In secondo luogo, l'amministrazione procedente deve rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione disponibili e i criteri di scelta (art. 19, c. 1 bis).

La disciplina del procedimento di conferimento dell'incarico, per quanto embrionale, risulta carente sotto il profilo della obbligatorietà della motivazione dell'atto di conferimento. Nulla dice il legislatore in proposito; poiché la procedura non è di tipo concorsuale, non si può affermare l'obbligatorietà della motivazione comparativa dei curricula dei vari aspiranti all'incarico. L'art. 19 cit. afferma, infatti, che l'amministrazione deve acquisire e valutare le disponibilità dei dirigenti interessati senza

riferimento alcuno ad obblighi motivazionali. Analogamente, non è previsto alcun obbligo di motivazione per la mancata conferma dell'incarico in assenza di valutazione negativa dell'operato del dirigente. A tale ultimo proposito occorre ricordare che tale obbligo era stato inizialmente previsto dal d.lg. n. 150/2009 e, successivamente, abrogato dal [d.l. 31-5-2010, n. 78](#), convertito, con modificazioni, dalla [l. 30-7-2010, n. 122](#).

La regola della temporaneità degli incarichi introduce un elemento di debolezza della posizione del dirigente rispetto all'organo politico, generando una condizione di dipendenza strutturale del primo dal secondo pur nell'ambito del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione. Occorre, infatti, sottolineare che, non essendo previsto un obbligo di motivazione per mancata conferma dell'incarico in assenza di valutazione negativa, l'organo politico può limitarsi ad attendere la scadenza dell'incarico senza rinnovarlo. In tal modo la regola sancita dall'art. 19 del d.lg. n. 165/2001, secondo la quale gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi di responsabilità dirigenziale grave previsti dall'art. 21 del medesimo d.lg., risulta, di fatto, vanificata dalla possibilità che l'incarico non venga rinnovato alla scadenza senza obbligo di motivazione e di contraddittorio. L'assenza di procedimentalizzazione del mancato rinnovo dell'incarico genera una condizione di precarietà nella quale si trova ad operare il dirigente e spinge, inevitabilmente, quest'ultimo a ricercare il consenso dell'organo che gli ha conferito l'incarico e che ha il potere di non rinnovarlo alla scadenza.

L'art. 19 cit. prevede come unica ipotesi di cessazione anticipata dell'incarico, al di là dell'ipotesi di risoluzione consensuale dello stesso, la revoca nei casi di responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lg. n. 165/2001. Come la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare in più occasioni, non sono compatibili con i principi di buon andamento e imparzialità sanciti [dall'art. 97 Cost.](#) le ipotesi di c.d. spoils system applicate alla dirigenza professionale, rappresentata dai dirigenti di uffici dirigenziali di livello generale e dai dirigenti di uffici dirigenziali ([C. Cost. 16-6-2006, n. 233](#); [nn. 103 e 104/2007](#); [20-5-2008, n. 161](#); [5-2-2010, n. 34](#); [5-3-2010, n. 81](#); [11-4-2011, n. 124](#); [25-7-2011, n. 246](#)). Da tale punto di vista, la giurisprudenza costituzionale distingue la posizione della dirigenza di livello apicale, caratterizzata da una maggiore contiguità e affinità politica con l'organo politico di vertice, da quella della dirigenza di livello

generale, legittimando lo spoils system solo con riguardo alla prima. Ciò significa che la cessazione anticipata dell'incarico, automatica, senza motivazione e contraddittorio, a seguito del rinnovo politico della compagine governativa è legittima solo con riguardo agli incarichi apicali e non può essere estesa alle restanti tipologie di incarico. A regime, lo spoils system è previsto dall'art. 19, 8° co., d.lg. n. 165/2001 solo con riguardo agli incarichi apicali, i quali cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

## **7. La responsabilità dirigenziale.**

La responsabilità dei dirigenti è stata ampiamente interessata dal processo di riforma della pubblica amministrazione incentrato sul sistema di misurazione e valutazione della performance introdotto dal d.lg. n. 150/2009. I dirigenti pubblici sono, infatti, parte attiva del processo di misurazione e valutazione della performance (art. 7, 2° co., d.lg. n. 150/2009), accanto agli Organismi indipendenti di valutazione della performance e alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni introdotti dal d.lg. n. 150/2009.

L'attività dei dirigenti è soggetta a verifiche periodiche svolte dagli Organismi indipendenti di valutazione della performance, che hanno sostituito i servizi di controllo interno previsti dal d.lg. 30-7-1999, n. 286. La responsabilità dirigenziale rappresenta, da tale punto di vista, una peculiare fattispecie di responsabilità collegata all'attività svolta e ai risultati raggiunti nell'esercizio delle proprie funzioni. Essa è disciplinata dall'art. 21 d.lg. n. 165/2001, ampiamente rimaneggiato dal d.lg. n. 150/2009, che differenzia il tipo di sanzione a seconda della gravità e della tipologia di comportamento del dirigente.

L'art. 21, 1° co., accomuna fra loro le due fattispecie del mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso il sistema di misurazione e valutazione della performance, e dell'inosservanza delle direttive impartite dall'organo di vertice, alle quali consegue, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. Nei casi più gravi, l'amministrazione può revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei rispettivi ruoli oppure recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

L'art. 21, co. 1 bis, prevede la responsabilità del dirigente per colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione; in tale caso è decurtata la retribuzione di risultato anche sino ad una quota dell'80% in relazione alla gravità della violazione.

Dal rinnovato tenore dell'art. 21 d.lg. n. 165/2001 si può comprendere come la responsabilità dirigenziale dipenda attualmente non più solo dai risultati raggiunti in relazione agli obiettivi prefissati dall'organo di vertice, ma anche dai risultati che il dirigente ha ottenuto sul piano della ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e della efficienza e trasparenza della pubblica amministrazione. A tal fine si è reso il dirigente responsabile del raggiungimento degli standard di efficienza anche da parte del personale assegnato ai propri uffici, attribuendogli una responsabilità per omessa vigilanza sul comportamento di questi ultimi.

<http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1>



**PUBBLICO - Responsabilità della pubblica amministrazione (I agg.) di Roberto Chieppa**

**Legislazione:** [art. 28 Cost.](#); [artt. 1227, 1337, 2043 e 2058 c.c.](#); [art. 7 l. 6-12-1971, n. 1034](#) (istituzione dei tribunali amministrativi regionali); [art. 13 l. 19-2-1992, n. 142](#) (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria per il 1991); [art. 11, 4° co., lett. g\), l. 15-3-1997, n. 59](#) (delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa); [art. 35 d.lg. 31-3-1998, n. 80](#) (nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'[art. 11, 4° co., l. 15-3-1997, n. 59](#)); [l. 21-7-2000, n. 205](#) (disposizioni in materia di giustizia amministrativa).

Sommario: [1. Premessa: l'art. 28 Cost. e la responsabilità extracontrattuale.](#) - [2. Responsabilità della p.a. e interessi legittimi: dal «dogma» della non risarcibilità alla sentenza n. 500/1999 della Cassazione.](#) - [3. I diritti patrimoniali consequenziali e l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.](#) - [4. Fattispecie di responsabilità della p.a. e riparto di giurisdizione.](#) - [5. La natura della responsabilità della p.a.](#) - [6. Elemento oggettivo ed elemento soggettivo dell'illecito.](#) - [7. La](#)

pregiudiziale amministrativa. - 8. La domanda di risarcimento del danno nel processo amministrativo.

### 1. Premessa: l'art. 28 Cost. e la responsabilità extracontrattuale.

L'art. 28 Cost. stabilisce che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi civili, penali ed amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti e che in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Si tratta di una responsabilità solidale e diretta, anche con riferimento allo Stato e agli enti, in quanto gli atti compiuti dai dipendenti sono imputabili all'Amministrazione di appartenenza sulla base del rapporto organico e del principio di preposizione.

Tuttavia, per lungo tempo la pubblica amministrazione è stata chiamata a rispondere a titolo di responsabilità solo quando, ponendo in essere meri comportamenti materiali o comunque nell'esercizio di attività paritetica, violava il principio del *neminem laedere*, codificato dall'art. 2043 c.c., secondo cui qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Per i danni causati nell'esercizio di attività amministrativa e di poteri autoritativi, la pubblica amministrazione non rispondeva in via risarcitoria e beneficiava così di una sorta di immunità o di privilegio, non previsto per altri soggetti del nostro ordinamento e sconosciuto anche nella maggior parte dei sistemi europei.

Solo a partire dalla sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione e dalle novità normative che l'hanno accompagnata, tale privilegio è venuto meno e si è aperta la strada ad una piena responsabilità della pubblica amministrazione per ogni tipo di danno causato colposamente a posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento.

Ammessa la risarcibilità degli interessi legittimi, il termine diritti, di cui all'art. 28 Cost., è stato inteso riferito a qualsiasi situazione giuridicamente protetta vantata dal privato nei confronti della p.a.<sup>(1)</sup>. La giurisprudenza dopo aver inizialmente escluso che, ai sensi dell'art. 28 Cost., i dipendenti dello Stato sono direttamente e personalmente responsabili anche per la lesione di interessi legittimi, oltre che per gli atti compiuti in violazione di diritti<sup>(2)</sup>, ha poi mutato orientamento escludendo che la responsabilità solidale e diretta dei pubblici dipendenti sia limitata ai soli atti compiuti in violazione di diritti, e non anche in caso di lesione di posizioni di interesse legittimo<sup>(3)</sup>.

### 2. Responsabilità della p.a. e interessi legittimi: dal «dogma» della non risarcibilità alla sentenza n. 500/1999 della Cassazione.

Secondo la lettura interpretativa precedente la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500/99, il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. era solo quello prodotto non iure e contra ius; non iure, nel senso che il fatto produttivo del danno non doveva essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; contra ius, nel senso che il fatto doveva ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto<sup>(4)</sup>. Nessun limite veniva invece ravvisato in relazione ai comportamenti materiali della p.a., indiscussa fonte di responsabilità aquiliana<sup>(5)</sup>.

Va ricordato che il riferimento al «danno ingiusto», introdotto dal legislatore del 1942, fu accolto dapprima senza eccessivi clamori e solo a seguito della pubblicazione di un articolo di Piero

Schlesinger si aprì un vivace dibattito dottrinale circa la riferibilità, o meno, dell'ingiustizia del danno a qualunque pregiudizio arrecato non iure a prescindere dalla veste formale dell'interesse leso <sup>(6)</sup>.

Da quel momento a fronte di posizioni ancorate alla tesi tradizionale contraria ad ogni configurazione dell'illecito civile in chiave di atipicità <sup>(7)</sup>, altri autori si espressero in favore del carattere atipico dell'illecito civile <sup>(8)</sup>.

Anche sul fronte giurisprudenziale nel cosiddetto «mare dell'illecito civile» iniziarono ad emergere «isole di tipicità» che progressivamente spostavano le «mobili frontiere del danno ingiusto» <sup>(9)</sup>: risarcibilità dei danni da lesione di diritti relativi; tutela di situazioni di aspettativa di puro fatto, di mere perdite di chances, creazione di nuove figure quali il diritto all'integrità patrimoniale.

Si trattava chiaramente del riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: anche nel settore dei danni causati da attività amministrativa illegittima, era stata ammessa la risarcibilità del cosiddetto diritto affievolito, e cioè dell'originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che fosse stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo <sup>(10)</sup> o del diritto «riespanso» (diritto soggettivo nascente da un provvedimento amministrativo, poi annullato con provvedimento a sua volta annullato dal giudice) <sup>(11)</sup>.

Accadeva così che, ad esempio, in caso di richiesta di concessione edilizia, venisse differenziata, sotto il profilo della tutela risarcitoria, la posizione di chi dopo l'iniziale rilascio della concessione aveva subito l'annullamento (illegittimo) della concessione e di chi invece comunque non aveva potuto edificare sul proprio suolo a causa di un diniego (illegittimo) dell'Amministrazione o dell'inerzia di questa nel esaminare la sua richiesta. È abbastanza evidente che in entrambi i casi non veniva (illegittimamente) consentito al cittadino di costruire il proprio edificio e che ben potevano derivare a quel cittadino danni, come i maggiori costi di costruzione successivamente sostenuti o le spese effettuate per non aver potuto avere la disponibilità della nuova costruzione (canone di locazione per altro immobile, se quella da costruire era la casa di prima abitazione). Ed è altrettanto evidente l'irragionevolezza di un orientamento tendente ad ammettere solo nella prima ipotesi, e non anche nella seconda, la tutela risarcitoria.

In presenza di interessi legittimi pretensivi la risarcibilità venne riconosciuta dalla giurisprudenza limitatamente all'ipotesi di lesione da fatto reato, ritenendo che per i danni prodotti da reato l'ingiustizia è «in re ipsa», e non ha quindi bisogno di essere riconnessa alla violazione di un diritto soggettivo <sup>(12)</sup> e dal legislatore in materia di appalti, con l'introduzione dell'art. [13 legge 19-2-1992, n. 142](#), che, in recepimento della normativa comunitaria, prevedeva la possibilità di chiedere il risarcimento del danno per chi avesse subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento.

Ma anche tale ultima disposizione venne intesa dalla Cassazione come norma di carattere eccezionale, non idonea a scalfire il «dogma» della non risarcibilità dei danni causati alle posizioni di interesse legittimo neanche per gli appalti cosiddetti sotto soglia comunitaria, con l'ulteriore irragionevolezza dell'affidare l'ammissibilità della tutela risarcitoria a minime differenze del valore dell'appalto, in grado o meno di determinare il superamento della cosiddetta soglia comunitaria <sup>(13)</sup>.

Proprio l'influenza del diritto comunitario ha costituito un impulso decisivo per incrinare il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione; basti pensare che mentre il cosiddetto

«dogma» metteva al riparo la p.a. dalla maggior parte delle pretese risarcitorie derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, nel nostro stesso ordinamento irrompeva il principio di derivazione comunitaria della responsabilità dello Stato per i danni causati al privato a causa della mancata o imperfetta attuazione delle direttive comunitarie [sentenza «Francovich» della Corte di giustizia <sup>(14)</sup>]; la conseguenza era che a fronte della riconosciuta ammissibilità della tutela risarcitoria per i danni causati dall'organo dotato di maggiore autonomia e di discrezionalità politica (il legislatore inadempiente rispetto agli obblighi di recepimento delle direttive comunitarie) si continuava irragionevolmente a negare la stessa tutela quando l'illegittimità o l'inadempienza era commessa dall'Amministrazione.

Inoltre, il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, più volte valorizzato dalla nostra Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia, non appariva compatibile con un sistema in cui il cittadino leso da un provvedimento amministrativo, soprattutto nei casi in cui con tale atto veniva negata una sua pretesa (interesse legittimo pretensivo), aveva il solo strumento della tutela demolitoria o impugnatoria (annullamento dell'atto), senza alcuna possibilità di invocare anche la tutela risarcitoria quando gli effetti dell'annullamento dell'atto o non erano più possibili (ad es., aggiudicazione ed esecuzione del contratto di appalto con il soggetto sbagliato) o non erano comunque idonei ad eliminare il pregiudizio subito (ad es., concessione edilizia rilasciata con anni di ritardo dopo il diniego annullato dal giudice con conseguenti danni per non aver potuto nel frattempo edificare).

La Cassazione, con la sentenza [n. 500/99](#), ha riconosciuto, superando il proprio precedente orientamento, che [l'art. 2043 c.c.](#) non costituisce una norma secondaria, ma racchiude una clausola generale primaria espressa nella formula danno ingiusto, riconoscendo che la tradizionale limitazione della tutela risarcitoria alle posizioni di diritto soggettivo è estranea al tenore letterale della norma e ne costituisce una forzatura, essendo invece risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza <sup>(15)</sup>.

Nel ripercorrere lo stato della propria giurisprudenza in materia di risarcimento del danno, la Cassazione ha in sostanza sottolineato l'anacronismo del proprio precedente indirizzo, che da un lato negava la tutela risarcitoria alle posizioni qualificate come interesse legittimo e, dall'altro, riconosceva la tutela a posizioni, in cui erano ugualmente assenti posizioni di diritto soggettivo, come già evidenziato sopra.

### **3. I diritti patrimoniali consequenziali e l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.**

Pur essendo chiaro che la Cassazione ha fondato la svolta su una rilettura del concetto di danno ingiusto di cui [all'art. 2043 c.c.](#), è innegabile, come riconosciuto nella stessa motivazione della sentenza, l'influenza derivata dal mutato quadro normativo.

Nell'assetto previgente, l'art. 7, 3° co., l. Tar (e prima ancora dell'art. 30 t.u. Cons. Stato) prevedeva che, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo conoscesse anche di diritti soggettivi, con il limite delle «questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», riservate all'autorità giudiziaria ordinaria. Proprio il risarcimento del danno derivante dal provvedimento amministrativo caducato nel giudizio amministrativo costituiva il principale diritto patrimoniale consequenziale, in quanto conseguenza ulteriore della pronuncia di illegittimità e non derivante immediatamente da questa <sup>(16)</sup>.

La rilevanza attribuita dal legislatore ai diritti patrimoniali consequenziali ai fini del riparto di giurisdizione determinava, nel quadro normativo antecedente al 1998, la sussistenza della giurisdizione del g.a. per l'annullamento dell'atto e del g.o. per le pretese risarcitorie.

Al fine di concentrare la tutela giurisdizionale, con l'art. 11, 4° co., lett. g), [legge 15-3-1997, n. 59](#) venne previsto, quale criterio di delega, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sui rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e «infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici».

Su quest'ultimo punto la legge delega venne attuata attraverso l'originaria formulazione dell'art. 35 d.lg. n. 80/1998, con cui si realizzava la concentrazione davanti al giudice amministrativo della cosiddetta giurisdizione piena (di annullamento e di risarcimento) nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del detto giudice.

Il sistema di riparto di giurisdizione con riferimento alla tutela risarcitoria ha poi subito un definitivo assetto con l'entrata in vigore della [legge 21-7-2000, n. 205](#), con cui sono stati riscritti gli artt. 33, 34 e 35 d.lg. 31-3-1998, n. 80, introducendo importanti modifiche riguardanti la tutela risarcitoria (l'art. 33 era stato nel frattempo dichiarato in parte incostituzionale per eccesso di delega dalla sentenza n. 292/2000 della Corte costituzionale) <sup>(17)</sup>. Con la riscrittura dell'art. 7 l. Tar, sono state attribuite al giudice amministrativo, «nell'ambito della sua giurisdizione» (quindi, sia in sede di giurisdizione esclusiva che di giurisdizione di legittimità) tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali; l'inciso «nell'ambito della sua giurisdizione» chiarisce che il potere di assicurare il risarcimento da parte del g.a. riguarda tutto l'universo della giurisdizione di quest'ultimo e non solo le materie attratte nella giurisdizione esclusiva <sup>(18)</sup>.

L'attribuzione della tutela risarcitoria al giudice amministrativo si è definitivamente consolidata con la sentenza [n. 204 del 2004](#) della Corte costituzionale, con cui, nel dichiarare in parte incostituzionali gli artt. 33 e 34 d.lg. n. 80/1998, la Corte ha precisato che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. [7 legge n. 205 del 2000](#), chiarendo che il risarcimento del danno non è una nuova «materia» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Ha aggiunto la Corte che l'attribuzione di tale potere affonda le sue radici nella previsione [dell'art. 24 Cost.](#), il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola, che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui [all'art. 24 Cost.](#) <sup>(19)</sup>.

Sulla questione del risarcimento del danno, la Corte costituzionale è tornata con la sentenza 3-5-2006, n. 191, con cui, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale, dell'art. [53, 1° co., d.p.r. 8-6-2001, n. 327](#), ha in particolare considerato come sia da escludere che «per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione compete al giudice ordinario»: ed ha osservato che dove «la legge - come fa l'art. 35 d.lg. n. 80/1998 - costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone il carattere "rimediale",

essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto [dell'art. 24 Cost.](#) laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli».

#### **4. Fattispecie di responsabilità della p.a. e riparto di giurisdizione.**

In dottrina è stato evidenziato come le diverse fattispecie di responsabilità della p.a. possono difficilmente essere ricondotte ad un unico modello <sup>(20)</sup> e in relazione alle singole fattispecie di responsabilità si è posto non solo il problema di definire presupposti e regole dell'azione risarcitoria, ma anche quello di individuare la giurisdizione davanti alla quale le domande devono essere proposte.

Non vi sono ormai dubbi sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per la fattispecie che più spesso ricorre: il danno da provvedimento illegittimo <sup>(21)</sup>, in cui il privato è leso da un provvedimento di carattere negativo, di reiezione di una propria istanza (lesione di interessi legittimi pretesivi) o da un provvedimento positivo destinato ad incidere su una sua posizione già consolidata (interessi legittimi oppositivi).

Dopo la sentenza [n. 204/2004](#) della Corte costituzionale era sembrato a tutti pacifico che le controversie in tema di danno da provvedimento amministrativo illegittimo rientrassero nella giurisdizione del giudice amministrativo: la riparazione del danno conseguente all'adozione di un provvedimento amministrativo è un rimedio a tutela dell'interesse legittimo, e come tale rientra appunto tra quegli strumenti ulteriori di tutela, menzionati dalla Consulta.

Era anche pacifico il principio, secondo cui la regola della concentrazione, davanti al giudice dell'impugnazione, anche della cognizione della pretesa riparatoria, non conduce, infatti, ad una diversa soluzione, quando la controversia sul risarcimento sia prospettata con autonomo, e successivo, ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato.

Senonché tale principio è stato, invece, posto in dubbio da una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con cui è stato affermato che la connessione tra tutela annullatoria e tutela risarcitoria è subordinata all'iniziativa del ricorrente, il quale resta libero di esercitare in un unico contesto entrambe le azioni passando attraverso il giudizio di ottemperanza per ottenere il risarcimento del danno, ovvero di riservarsi l'esercizio separato dell'azione risarcitoria dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto o del provvedimento illegittimo, proponendo la sua domanda al giudice ordinario, cui compete in via generale la cognizione sulle posizioni di diritto soggettivo <sup>(22)</sup>.

Tale orientamento, che faceva dipendere la giurisdizione proprio da una scelta del ricorrente, è stato nuovamente superato dalla stessa Cassazione, che - con due ordinanze del giugno del 2006 - ha affermato che in tema di responsabilità civile della p.a. connessa ad attività provvedimentale (danno da provvedimento), la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste, sia in caso di domanda risarcitoria proposta unitamente all'azione di annullamento sia in caso di domanda proposta in via autonoma <sup>(23)</sup>.

L'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sui danni da provvedimento è stata accompagnata da un ulteriore principio, diretto a porre fine alla cosiddetta pregiudiziale amministrativa <sup>(24)</sup>; per rendere effettivo il principio, la Cassazione ha aggiunto, con un obiter dictum, che se il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, non esaminando nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti, la sua decisione, a norma [dell'art. 362, 1° co., c.p.c.](#), si presta a cassazione da parte

delle Sezioni Unite quale giudice del riparto della giurisdizione. Tesi immediatamente contrastata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha invece escluso che la pregiudiziale costituisca una questione di giurisdizione <sup>(25)</sup>.

Fermo restando il contrasto sulla questione della pregiudiziale, è oggi pacifico che la domanda di risarcimento del cosiddetto danno da provvedimento amministrativo illegittimo spetti sempre alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A differenza delle ipotesi di danno da provvedimento, in altri casi la responsabilità dell'Amministrazione può discendere dal comportamento tenuto dall'Amministrazione, anche attraverso l'adozione di atti, che però non costituiscono diretta causa del danno (responsabilità da comportamento o da scorrettezza) <sup>(26)</sup>.

Secondo una tesi, la pretesa risarcitoria va azionata innanzi al giudice amministrativo ogni qualvolta il sacrificio da ristorare si ricollegi ad una iniziativa provvedimentoale o anche comportamentale dell'Amministrazione, il vaglio della cui legittimità è di pertinenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Unico e dirimente requisito di cui si impone la verifica, quindi, è quello riguardante la riconducibilità del contenzioso mosso avverso l'agere amministrativo «nell'ambito» della giurisdizione del giudice amministrativo <sup>(27)</sup>.

Può anche essere operata una distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, per i danni derivanti da scorrettezza dell'Amministrazione a seconda che si rientri o meno in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che, in questi casi, non può che estendersi ad ogni profilo risarcitorio legato all'esercizio della funzione, benché non direttamente derivante da una illegittimità provvedimentoale.

All'interno delle responsabilità non derivanti da provvedimento, è emersa la necessità di assicurare una tutela risarcitoria in alcune fattispecie, in cui il cittadino non è direttamente leso da un provvedimento illegittimo adottato dall'Amministrazione, ma da un fatto giuridico più ampio e articolato, in cui ciò che rileva è la violazione dell'affidamento generato dalla p.a. con i propri comportamenti o con i propri atti; con il riconoscimento della tutela risarcitoria del cosiddetto danno da affidamento.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione in relazione alle fattispecie del danno causato al privato, beneficiario di un provvedimento a lui favorevole (bando che consentiva la partecipazione ad una gara), ma illegittimo ed annullato dall'Amministrazione stessa in via di autotutela <sup>(28)</sup>; o nell'ipotesi di revoca di una procedura di gara, dopo l'aggiudicazione, a causa della carenza di fondi <sup>(29)</sup>.

In relazione proprio a tale ultima fattispecie, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo è stata affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui in base all'art. 6 legge n. 205/2000 sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò anche qualificando la responsabilità come precontrattuale <sup>(30)</sup>.

Altra fattispecie di responsabilità è quella del cosiddetto danno da ritardo, alla quale sono ricondotte ipotesi diverse fra loro: *a*) in alcuni casi il ritardo, produttivo del danno, deriva dal fatto che l'Amministrazione ha dapprima adottato un provvedimento illegittimo, sfavorevole al privato (ad es., diniego di concessione edilizia), ed ha poi emanato altro provvedimento, legittimo e favorevole, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del primo atto; *b*) in altre ipotesi, pur in assenza

di un provvedimento illegittimo, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'Amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento (es., concessione edilizia rilasciata in notevole ritardo); c) il ritardo procedimentale, di cui alla precedente fattispecie, viene ritenuto da alcuni potenzialmente produttivo di danno risarcibile, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo, legittimo ma adottato con ritardo, sia sfavorevole per il privato, potendo quest'ultimo aver subito dei danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza e per non aver quindi appreso, entro i termini previsti, della non accoglibilità della stessa (es., diniego di concessione edilizia, legittimo, ma adottato ben oltre il termine previsto, oppure mancata definizione dell'istanza del privato in assenza di un accertamento della spettanza del bene della vita).

Nel primo caso si rientra nella cosiddetta responsabilità da provvedimento, in quanto il danno è provocato dal primo diniego (illegittimo) e dal conseguente ritardo nel rilascio del provvedimento richiesto; le altre due ipotesi attengono invece a danni (da ritardo procedimentale) non direttamente causati da provvedimenti illegittimi (anzi in entrambi i casi i provvedimenti sono legittimi) <sup>(31)</sup>.

La sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per i danni da ritardo nell'azione amministrativa sembra essere pacifica, come riconosciuto sia dalla Cassazione <sup>(32)</sup>, che dal Consiglio di Stato <sup>(33)</sup>. Anche con le già citate ordinanze [n. 13659](#) e [n. 13660 del giugno 2006](#), la Cassazione ha ricondotto alla giurisdizione del giudice amministrativo i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio, in quanto si è in presenza di un comportamento, che si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo, non di un diritto soggettivo.

Con riguardo alla questione di giurisdizione relativa all'azione diretta contro il dipendente della p.a., vi sono state due pronunce di segno opposto di Consiglio di Stato e Cassazione: il Consiglio di Stato ha affermato che spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo l'azione risarcitoria diretta proposta nei confronti del funzionario pubblico <sup>(34)</sup>, mentre la Cassazione, con la già citata recente ordinanza [n. 13659/2006](#), ha invece affermato che appartiene alla giurisdizione ordinaria la domanda risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario cui è imputata l'adozione di un provvedimento illegittimo, in quanto fondata sulla deduzione di un fatto illecito extracontrattuale e intercorrente tra privati.

## **5. La natura della responsabilità della p.a.**

La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni arrecati nell'esercizio della propria attività amministrativa assume connotati molto diversi a seconda delle differenti tipologie di fattispecie.

Il moltiplicarsi delle fattispecie di responsabilità della p.a. rende arduo il tentativo di individuare un'unica categoria di responsabilità idonea a ricomprendere tutte le fattispecie; tuttavia, quella della natura della responsabilità della p.a. non è una questione di carattere squisitamente teorico e ciò impone quanto meno la ricerca di un modello prevalente di responsabilità della p.a.

Infatti, dall'accertamento della natura, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità della p.a. derivano una serie di conseguenze in tema di prescrizione (5 anni per quella extracontrattuale e 10 anni per la responsabilità contrattuale), onere della prova (nella responsabilità extracontrattuale l'onere della prova spetta al danneggiato, salvo l'utilizzo di presunzioni), calcolo di rivalutazione

monetaria ed interessi legali (nella responsabilità extracontrattuale, gli interessi non decorrono dalla data della domanda, ma da quella del fatto illecito e possono concorrere con la rivalutazione monetaria e vanno computati sulle somme via via rivalutate), prevedibilità del danno (l'illecito extracontrattuale obbliga al risarcimento di ogni danno conseguente, seppur con i limiti derivanti dall'applicazione dei criteri della causalità giuridica e non dei soli danni prevedibili come avviene in caso di inadempimento contrattuale non doloso ai sensi [dell'art. 1225 c.c.](#)), costituzione in mora (per l'illecito extracontrattuale, la costituzione in mora non è necessaria, ai sensi dell'art. 1219, 2° co., n. 1, c.c.).

Secondo una innovativa tesi, la responsabilità della p.a. sarebbe di natura contrattuale (responsabilità da contatto amministrativo qualificato): l'Amministrazione non si trova rispetto al privato, leso nel suo interesse legittimo, nella posizione del «passante» o del «chiunque», tipica della tutela aquiliana, poiché a seguito del contatto che si instaura tra l'Amministrazione e il privato nel corso del procedimento amministrativo sorge se non un vero e proprio rapporto obbligatorio, un rapporto di fatto senza obbligo primario di prestazione <sup>(35)</sup>.

L'obbligazione risarcitoria non viene però riferita all'utilità finale, cui il privato tende, ma, al contrario, ne prescinde, scaturendo dalla violazione di quei particolari obblighi procedurali, il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Parte della giurisprudenza ha condiviso la tesi, rilevando che la responsabilità della p.a. per ingiusta lesione di interessi legittimi presenta profili sui generis che ne consentono, in taluni casi, l'accostamento alla responsabilità per inadempimento contrattuale e che il contatto che si stabilisce fra il privato e l'Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito, il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al modello aquiliano [dell'articolo 2043 c.c.](#), in quanto, al contrario, caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni <sup>(36)</sup>.

Una diversa tesi individua la responsabilità precontrattuale quale modello prevalente di responsabilità dell'Amministrazione, riprendendo l'idea di un accostamento tra la responsabilità precontrattuale e il dovere dell'Amministrazione di comportarsi secondo buona fede nel valutare le pretese del privato <sup>(37)</sup>. La responsabilità della p.a. viene configurata come responsabilità (precontrattuale) per inadempimento degli obblighi di correttezza <sup>(38)</sup>.

Va rilevato che in molti casi lo schema della responsabilità precontrattuale della p.a. viene utilizzato, oltre ai casi tradizionali di trattativa privata <sup>(39)</sup>, anche con riferimento a quelle fattispecie in cui viene in rilievo l'attività, conseguente all'aggiudicazione, inerente il perfezionamento e l'operatività del contratto.

Ad esempio, è stato affermato che contrasta con il principio di cui [all'art. 1337 c.c.](#) (secondo il quale la pubblica amministrazione, al pari dei soggetti privati, è tenuta a comportarsi con correttezza nelle relazioni con i terzi nella fase prenegoziale), il comportamento di una Amministrazione che, pur essendosi accorta che mancavano i fondi necessari per la realizzazione dell'opera, non abbia disposto il rinvio della gara indetta per il loro affidamento ed abbia rilevato la mancanza di fondi per la realizzazione dell'opera solo in sede di diniego di approvazione degli atti di una gara d'appalto. Tale comportamento determina il configurarsi, a carico dell'Amministrazione, della responsabilità di cui [all'art. 1337 c.c.](#) nei riguardi di una impresa che abbia partecipato alla gara, facendo incolpevole affidamento sulla regolarità della gara stessa <sup>(40)</sup>.

Dottrina e giurisprudenza minoritarie hanno, invece, mostrato di aderire alla tesi di una responsabilità speciale, affermando che nel diritto pubblico e per il caso di lesione arrecata all'interesse legittimo, si è in presenza di una peculiare figura di illecito, qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo - il che preclude che possa essere senz'altro trasposta la summa divisio tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, storicamente affermatasi nel diritto privato <sup>(41)</sup>.

L'orientamento prevalente continua comunque a ricondurre la responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale nel sistema della responsabilità aquiliana di cui [all'art. 2043 c.c.](#), clausola generale con la quale si sanziona con un obbligo risarcitorio la violazione del principio del *neminem laedere*.

Con riferimento alla tesi della natura contrattuale, viene evidenziato che nell'ambito del procedimento, Amministrazione e cittadino vengono spesso in contatto fra loro, ma da questo contatto (eventuale) non sembra nascere un vero e proprio rapporto obbligatorio, il cui inadempimento costituisce fonte di responsabilità contrattuale. Assonanze fonetiche a parte, il contatto non è di per sé un contratto: sicché, fino alla conclusione dell'accordo di cui [all'art. 1321 c.c.](#), il rapporto intersoggettivo resta regolato dalla clausola generale di cui [all'art. 2043 c.c.](#) (e seguenti, per quei particolari casi di «contatti sociali» che, in ragione dell'oggettiva pericolosità o per altre considerazioni, il legislatore ha ritenuto meritevoli di specifica disciplina normativa, anche in deroga all'onere della prova dell'elemento soggettivo; e salvo applicazione, nei congrui casi, di ulteriori regole di specie, quali quelle degli [artt. 1337 e 1338 c.c.](#)) e non, invece, dal principio di responsabilità contrattuale ex art. 1218 <sup>(42)</sup>.

Anche l'accostamento con la responsabilità precontrattuale può contribuire a far emergere la necessità di assicurare una tutela risarcitoria in alcune fattispecie, in cui il cittadino non è direttamente leso da un provvedimento illegittimo adottato dall'Amministrazione, ma dal comportamento della p.a., che aveva dapprima generato, e poi violato, un affidamento, senza però perdere di vista la differenza che intercorre tra la realtà delle trattative che preludono al contratto ed i rapporti che si svolgono nell'istruttoria procedimentale, dove l'interesse non è quello a non essere coinvolti in trattative infruttuose, ma è il più rilevante interesse a conseguire un determinato bene della vita.

Il parallelismo tra responsabilità precontrattuale e responsabilità della p.a. può essere utile per far emergere la necessità di ampliare la tutela risarcitoria anche oltre la responsabilità da provvedimento, valorizzando in particolare l'elemento dell'affidamento, ma lo schema della responsabilità precontrattuale appare troppo rigido e stretto per costituire il modello prevalente delle molteplici ipotesi di responsabilità della p.a., in cui spesso si chiede la tutela di un qualcosa di diverso e di più dal mero interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose o più in generale in rapporti giuridici arrecanti danni in violazione degli obblighi di correttezza o di protezione <sup>(43)</sup>.

Con riguardo alla tesi della responsabilità speciale, si rileva il rischio che, nell'imboccare tale strada, il giudice amministrativo ricostruisca la specialità della responsabilità della p.a. con regole domestiche, prive del carattere della certezza.

Giurisprudenza e dottrina maggioritarie continuano, quindi, ad individuare nella natura extracontrattuale il modello prevalente della responsabilità della p.a., seppur ammettendo qualificazioni diverse per alcune singole ipotesi.

Si osserva che l'ambito di applicazione della responsabilità extracontrattuale si è ampliato: alla semplice responsabilità del *quisque de populo* che casualmente si trova a ledere diritti altrui si sono

aggiunte nuove fattispecie, come ad esempio quelle che si collegano alla violazione dei doveri derivanti dal proprio status professionale, in cui è evidente che il danno non è causato da un passante, ma è altrettanto evidente che il collegamento tra i due soggetti (danneggiato e danneggiante) è spesso ricostruibile solo ex post e comunque non fa nascere un vero e proprio rapporto obbligatorio, il cui inadempimento costituisce fonte di responsabilità contrattuale.

La pubblica amministrazione quando nell'adottare un determinato (illegittimo) provvedimento o nel comportarsi in violazione delle regole di correttezza cagiona un danno al cittadino commette un illecito da risarcire quindi secondo gli ordinari schemi dell'illecito aquiliano <sup>(44)</sup>.

## **6. Elemento oggettivo ed elemento soggettivo dell'illecito.**

Con la sentenza [n. 500/1999](#) sono stati anche delineati i presupposti per il riconoscimento della responsabilità della p.a. da parte del giudice, che: «a) in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) procederà quindi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; c) dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della p.a.; d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa dell'Amministrazione».

L'illegittimità dell'atto amministrativo, che si assume essere stato causa del danno, è quindi un requisito necessario ma non sufficiente per la fondatezza dell'azione risarcitoria, poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo, distinguendo tra interessi legittimi oppositivi e pretesivi.

La prova del danno e del suo rapporto di causalità con illegittimità commessa dalla p.a. è più facile in caso di lesione di interessi legittimi oppositivi, tenuto conto che in questo caso il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in capo al privato prima dell'illegittimità commessa dalla p.a.; in presenza di interessi legittimi pretesivi, sarà invece necessario un giudizio prognostico sulla fondatezza o meno della istanza del privato.

Rispetto al rischio di una iper-protezione riservata agli interessi oppositivi nei casi in cui il provvedimento che va ad incidere su di essi è viziato per ragioni attinenti alla forma o al procedimento ma è sostanzialmente corretto, va rilevato come oggi esista il correttivo di cui all'art. [21 octies legge n. 241/1990](#), con cui alcuni vizi sono stati privati del carattere invalidante nel caso in cui emerga in giudizio che il contenuto del provvedimento non poteva che essere quello concretamente adottato dall'Amministrazione.

È invece certo che la mera lesione degli interessi legittimi pretesivi non è sufficiente a configurare un danno ingiusto perché il privato non è titolare del bene della vita ma aspira ad ottenerlo e non è certo che l'atto amministrativo, sebbene illegittimo, abbia ingiustamente negato l'ampliamento della sfera giuridica dell'istante. In questi casi, quasi sempre la pretesa risarcitoria ha ad oggetto proprio il pregiudizio connesso alla mancata attribuzione del bene finale. In tali ipotesi, il giudice non può limitarsi a liquidare un danno per la mera violazione procedimentale, ma è chiamato a formulare un giudizio, laddove possibile, sulla certa o statisticamente probabile spettanza del bene o dell'utilità finale, mentre quando a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, persistano in capo all'Amministrazione significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, il risarcimento del danno può riconoscersi solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere (come le compete, per effetto del giudicato), abbia riconosciuto all'interessato il bene della

vita; in quest'ultima ipotesi, il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento del bene richiesto<sup>(45)</sup>.

Per quanto concerne il danno da ritardo, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha precisato che il ritardo da parte della p.a. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni e che tale responsabilità sussiste solo nell'ipotesi di attribuzione (con ritardo) del bene della vita, e non anche quando il bene della vita non spetta e il diniego è stato (legittimamente) adottato, ma con ritardo<sup>(46)</sup>. In senso critico, rispetto a tale tesi, è stato evidenziato che anche il tempo è un bene della vita e per il privato il non aver saputo nei tempi fissati dalla legge se una sua istanza poteva essere accolta, o meno, può comportare conseguenze negative anche sotto il profilo patrimoniale (ad es., non aver optato per altre soluzioni, in attesa della risposta tardiva della p.a.)<sup>(47)</sup>.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità della p.a., è necessario anche l'elemento soggettivo, consistente nella colpa dell'Amministrazione.

Prima della sentenza [500/1999](#), la giurisprudenza riteneva la colpa sussistente in re ipsa nella stessa illegittimità processualmente accertata dall'atto amministrativo<sup>(48)</sup>.

La tesi è stata abbandonata con la sentenza [n. 500/1999](#), con cui la Cassazione ha affermato che il giudice deve svolgere una penetrante indagine estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (per il quale è richiesta la colpa grave, a differenza dell'Amministrazione che risponde anche a titolo di colpa lieve), ma della p.a. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

Il Consiglio di Stato si è in parte discostato da tale criterio, utilizzando il parametro della gravità della violazione commessa dall'Amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento<sup>(49)</sup>, o ricorrendo alle semplificazioni probatorie (presunzioni) consentite dall'ordinamento processuale, in modo che l'illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del ricorrente può rappresentare, nella normalità dei casi, l'indice (grave, preciso e concordante) della colpa dell'Amministrazione<sup>(50)</sup>.

Molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla *questio iuris*, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*.

Spetta al giudice valutare, in relazione ad ogni singola fattispecie, la presunzione relativa di colpa, che spetterà poi all'Amministrazione vincere; dovrà essere prestata particolare attenzione al carattere vincolato o discrezionale dell'attività svolta: in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà ad esempio allegare la mancata valutazione degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la partecipazione non è stata consentita.

In conformità con tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha rilevato che le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria con riguardo all'elemento della colpa della p.a. possono essere soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli [artt. 2727 e 2729 c.c.](#) <sup>(51)</sup>.

Non è, quindi, richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, potendo essere invocata la presunzione semplice derivante dall'illegittimità dell'atto e spettando poi all'Amministrazione la dimostrazione della scusabilità dell'errore, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata <sup>(52)</sup>.

Tale nozione di colpa della p.a. è stata ritenuta <sup>(53)</sup> compatibile con quella giurisprudenza comunitaria, secondo cui la condanna al risarcimento dei soggetti lesi in seguito alle violazioni del diritto comunitario che regolano la materia dei pubblici appalti non può essere subordinata alla allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente <sup>(54)</sup>.

## **7. La pregiudiziale amministrativa.**

Con il termine «pregiudiziale amministrativa» si intende la necessità di impugnare, ed ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante da quel medesimo atto.

Il problema della pregiudizialità si pone unicamente in ipotesi di danno derivante da provvedimento illegittimo, mentre non vi alcuna pregiudizialità dell'azione di annullamento in fattispecie di danni derivanti da comportamento, o comunque non direttamente provocati dagli effetti del provvedimento illegittimo (se il danno non deriva da un provvedimento amministrativo, non si pone neanche il problema di dover impugnare tale provvedimento).

Nel sistema previgente le modifiche normative introdotte dal d.lg. n. 80/1998, nei casi in cui era ammessa la tutela risarcitoria nei confronti dell'attività illegittima della p.a., era necessario adire prima il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto e poi il giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno.

Con la sentenza [n. 500/1999](#), la Cassazione, anche se solo in un obiter dictum, ha accolto una visione ispirata all'assoluta autonomia delle due azioni (di annullamento e risarcitoria), ammettendo che il danneggiato possa direttamente rivolgersi al g.o. per ottenere il risarcimento nel termine di prescrizione, anche senza la previa impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo. Anche parte della dottrina <sup>(55)</sup> ha aderito a tale tesi, evidenziando come con la pregiudiziale si introduce una condizione all'azione risarcitoria (impugnazione dell'atto), estranea al contenuto [dell'art. 2043 c.c.](#) e che la mancata impugnazione dell'atto sarebbe comunque valutabile ai sensi [dell'art. 1227 c.c.](#), secondo cui il risarcimento non è dovuto, per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (ossia impugnando l'atto).

Altra parte della dottrina, per ragioni che, nelle varie prospettazioni, si differenziano notevolmente, ha continuato a ritenere che tra tutela risarcitoria e azione di annullamento intercorra un rapporto di pregiudizialità, nel senso che la tutela risarcitoria resterebbe comunque subordinata al previo tempestivo esperimento dell'azione di annullamento e più precisamente al previo annullamento dell'atto <sup>(56)</sup>.

A seguito della concentrazione dell'azione annullatoria e di quella risarcitoria davanti al giudice amministrativo, è venuto meno il problema della complessità di una tutela giurisdizionale, resa ardua dalla possibilità di dover percorrere i gradi del giudizio davanti a due giurisdizioni (quella amministrativa per l'annullamento e quella ordinaria per il risarcimento).

Il giudice amministrativo si è orientato in favore della tesi della sussistenza della pregiudizialità. Secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e l'azione di risarcimento del danno è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari <sup>(57)</sup>.

La pronuncia richiama una precedente decisione, in cui è stato evidenziato che rispetto alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di impugnazione è funzionale, risulta di difficile compatibilità una fattispecie in cui il privato dopo essere rimasto silente (nel senso di non avere impugnato l'atto) dopo l'emanazione di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole agisca in via giurisdizionale nell'imminenza della scadenza del termine prescrizione di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno <sup>(58)</sup>.

Anche la II Sezione della Cassazione aveva aderito alla tesi della pregiudiziale, rilevando che il giudice ordinario è titolare del potere di disapplicare il provvedimento amministrativo quando l'oggetto della controversia al suo esame sia costituito dalla pretesa di un diritto soggettivo perfetto e quando la valutazione della legittimità del provvedimento debba avvenire soltanto in via incidentale. L'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato; pertanto, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, transazione, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito <sup>(59)</sup>.

Del resto, anche nel diritto civile, sussistono esigenze di certezza per l'esercizio dei poteri privati (delibere societarie o di assemblee di condominio; poteri disciplinari del datore di lavoro), che hanno indotto il legislatore ad introdurre termini decadenza, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria <sup>(60)</sup>.

Tuttavia, con le già menzionate ordinanze del giugno del 2006, la Cassazione, nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo sul danno da provvedimento, ha affermato che ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (tesi definita «tutta amministrativa»), anziché dal solo accertamento della sua illegittimità, significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed

assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa, tutta italiana <sup>(61)</sup>.

Dopo un'iniziale indecisione da parte del giudice amministrativo sulla scelta se aderire alla tesi della Cassazione o se confermare il contrasto, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha preso decisamente posizione, riaffermando la validità del principio della pregiudiziale <sup>(62)</sup>.

La questione della pregiudiziale amministrativa è, quindi, ancora lontana dal raggiungimento di certezze e si tratterà ora di verificare in che modo tale contrasto di giurisprudenza verrà composto, tenuto anche conto del fatto che - secondo la Cassazione - la questione della pregiudiziale è una questione di giurisdizione.

## **8. La domanda di risarcimento del danno nel processo amministrativo.**

La concentrazione dell'azione di risarcimento dei danni causati da attività amministrativa illegittima davanti al giudice amministrativo presuppone, come già detto, che la domanda risarcitoria possa essere proposta unitamente all'azione di annullamento o in via autonoma <sup>(63)</sup>. In caso di domanda autonoma, la prevalente tesi della natura extracontrattuale della responsabilità della p.a. implica la durata quinquennale del termine di prescrizione, che decorre dall'annullamento dell'atto che ha provocato il danno se si aderisce alla tesi della pregiudiziale o dal verificarsi dell'evento dannoso se si opta per l'opposta tesi.

La domanda risarcitoria può essere proposta anche con motivi aggiunti nel corso del giudizio per l'annullamento dell'atto che ha causato il danno, purché con atto notificato alla controparte, mentre è inammissibile la domanda formulata per la prima volta in appello <sup>(64)</sup>.

Chi propone la domanda deve allegare e dimostrare in giudizio tutti gli elementi costitutivi della sua pretesa risarcitoria e il metodo acquisitivo, che tempera nel processo amministrativo il principio dispositivo nell'acquisizione delle prove, può essere utilizzato solo laddove siano stati allegati tali fatti, ma il privato, per la sua posizione di disparità sostanziale con l'Amministrazione, non sia in grado di provarli.

Con riferimento alla quantificazione del danno, il giudice amministrativo può «stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione Pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine» (art. 35, 2° co., d.lg. n. 80/1998). In caso di mancato accordo, il danneggiato può ricorrere al giudice affinché determini, nelle forme del giudizio di ottemperanza, la somma dovuta a titolo di risarcimento. Si tratta di uno strumento (facoltativo per il giudice) che non è utilizzabile per determinare l'anno del risarcimento, ma a cui può farsi ricorso solo nella fase successiva della liquidazione del danno.

Nel settore degli appalti, la giurisprudenza ha distinto il danno subito da un concorrente, che si sarebbe aggiudicato l'appalto se l'Amministrazione avesse operato correttamente, dal danno subito per la perdita della chance di aggiudicarsi la gara (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione dell'appalto spettava a lui in assenza della illegittimità commessa dall'Amministrazione). Nel primo caso, si riconosce a titolo di mancato guadagno l'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto, presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata <sup>(65)</sup>, a volte ulteriormente ridotto al 5% nel caso in cui l'impresa non dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi <sup>(66)</sup>. Quando il ricorrente allega solo la perdita di una chance a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere

proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura <sup>(67)</sup>.

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente «interesse contrattuale negativo». In tal caso, possono essere riconosciute, a titolo risarcitorio, le spese sopportate per la partecipazione alla gara e l'eventuale perdita delle occasioni di lavoro alternative, per la quale è necessaria la dimostrazione dell'entità dell'asserito pregiudizio derivante dalla perdita di altre occasioni <sup>(68)</sup>.

L'art. 35, 1° co., d.lg. n. 80/1998 e l'art. 7, 3° co., l. Tar prevedono che il giudice amministrativo disponga, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Nel diritto civile, la reintegrazione in forma specifica ([art. 2058 c.c.](#)) rimane un rimedio risarcitorio e consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno <sup>(69)</sup>. Tale misura è volta a ripristinare non già la situazione antecedente al fatto lesivo, ma quella che si sarebbe avuta in assenza dell'illecito <sup>(70)</sup>.

Secondo una tesi, la trasposizione di tale istituto nell'ordinamento amministrativo ne avrebbe determinato una diversa funzione consistente in una sorta di azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'Amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo, quanto meno nelle ipotesi di attività vincolata e non di attività con significativo tasso di discrezionalità <sup>(71)</sup>.

Secondo un orientamento definito civilistico, cui ha aderito la giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato, si pone in contrasto con il dato letterale delle citate disposizioni ogni interpretazione che pone l'istituto al di fuori di una alternativa risarcitoria: la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio; la reintegrazione in forma specifica non va confusa né con l'azione di adempimento (con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli <sup>(72)</sup>.

Del resto, quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un facere all'Amministrazione, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. [25 legge n. 241/1990](#) («...il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti ...»).

Riportare anche la fase dell'esecuzione nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria determinerebbe, inoltre, una diminuzione di tutela per il privato, in quanto quello che prima costituiva il cosiddetto effetto conformativo per la p.a. (nell'esempio fatto, il rilascio della concessione edilizia), assoggettato al solo limite della sopravvenuta impossibilità, verrebbe invece ingiustificatamente condizionato anche alla verifica di onerosità ai sensi [dell'art. 2058, 2° co., c.c.](#) oltre che a quella relativa alla sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa della p.a.

Intesa in senso civilistico, la reintegrazione in forma specifica trova applicazione esclusivamente in presenza di interessi legittimi oppositivi.

La giurisprudenza ha individuato i limiti della reintegrazione in forma specifica, desunti grazie al parallelo con la disciplina del codice civile: [l'art. 2058 c.c.](#) che pone come limite la concreta impossibilità di disporre la reintegrazione e l'eccessiva onerosità per il debitore (rectius, per il pubblico interesse per la p.a.) <sup>(73)</sup>.

La distinzione tra la fase dell'esecuzione del giudicato e la domanda risarcitoria (per equivalente o in forma specifica) non fa venire meno la stretta correlazione tra i due momenti.

Molto spesso, solo all'esito dell'ottemperanza di un giudicato di annullamento è possibile accertare e quantificare il danno risarcibile per equivalente.

Ciò ha condotto parte della giurisprudenza ad allargare le «maglie» del giudizio di ottemperanza, ammettendo la proponibilità in tale sede di domande risarcitorie in considerazione del fatto che il rapporto tra ottemperanza e risarcimento del danno per equivalente deve essere riconsiderato, non più in termini di incompatibilità, ma di coordinamento <sup>(74)</sup>.

L'orientamento tradizionale, ed ancor oggi maggioritario, tende a ritenere inammissibile una domanda risarcitoria proposta in sede di ottemperanza, attesa la necessità di una cognizione piena sull'an della pretesa risarcitoria <sup>(75)</sup>.

È stato, tuttavia, ritenuto ammissibile un ricorso cumulativo, proposto in primo grado, contenente sia la richiesta di esecuzione del giudicato sia la domanda risarcitoria a condizione che, in applicazione del principio di conservazione e di conversione degli atti processuali, sussistano i presupposti di contenuto e forma previsti per un'ordinaria azione cognitoria, quale quella risarcitoria (nel senso di verificare il rispetto per entrambe le domande, nella forma e nella sostanza, delle disposizioni processuali di riferimento), fermo restando che il rispetto del principio del doppio grado del giudizio costituisce un limite invalicabile con la conseguenza che deve confermarsi l'inammissibilità di una domanda risarcitoria proposta per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza di una decisione del Consiglio di Stato e quindi in un unico grado di giudizio <sup>(76)</sup>.

È stata anche ritenuta ammissibile la domanda risarcitoria proposta in sede di ottemperanza per i danni da violazione di giudicato ossia per i danni maturatisi dopo l'annullamento, mentre, quanto ai danni già subiti (per perdita di chance) per effetto dell'attività amministrativa oggetto del giudizio di annullamento, non può dubitarsi circa la necessità di un'apposita domanda da spiegarsi nel processo di primo grado <sup>(77)</sup>.

-----  
<sup>(1)</sup> Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270; Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, 116.

<sup>(2)</sup> [C. St., sez. VI, 5-8-2005, n. 4153.](#)

<sup>(3)</sup> [C. St., sez. VI, 23-6-2006, n. 3981.](#)

<sup>(4)</sup> [Cass. civ., S.U., 23-11-1985, n. 5813](#), GC, 1986, I, 734.

<sup>(5)</sup> [Cass. civ., 29-4-1996, n. 3939](#), RC, 1996, 1183.

<sup>(6)</sup> Schlesinger, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, J, 1960, 336.

<sup>(7)</sup> Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, FP, 1960, 1429.

- <sup>(8)</sup> Alpa, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; Alpa-Bessone, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987; Alpa, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043, NGCC*, 1986, II, 43-58; Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, *CeI*, 1985, 1-27.
- <sup>(9)</sup> Galgano, *op. ult. cit.*
- <sup>(10)</sup> [Cass. civ., 9-6-1995, n. 6542.](#)
- <sup>(11)</sup> [Cass. civ., S.U., 19-3-1997, n. 2436.](#)
- <sup>(12)</sup> [Cass. civ., 11-2-1995, n. 1540](#), *GC*, 1996, I, 2395.
- <sup>(13)</sup> [Cass. civ., S.U., 20-4-1994, n. 3732.](#)
- <sup>(14)</sup> [C. Giust. CE, 19-11-1991, C 6/90 e 9/90](#), *FI*, 1992, IV, 145.
- <sup>(15)</sup> [Cass. civ., S.U., 22-7-1999, n. 500.](#)
- <sup>(16)</sup> Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 229.
- <sup>(17)</sup> [C. Cost., 17-7-2000, n. 292.](#)
- <sup>(18)</sup> In tal senso, [C. St., sez. VI, 18-6-2002, n. 3338](#) e [Cass. civ., S.U., 26-5-2004, n. 10180.](#)
- <sup>(19)</sup> [C. Cost., 6-7-2004, n. 204.](#)
- <sup>(20)</sup> Chieppa-Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 614.
- <sup>(21)</sup> V. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, *DPrA*, 2001, 287.
- <sup>(22)</sup> [Cass. civ., S.U., 23-1-2006, n. 1207.](#)
- <sup>(23)</sup> [Cass. civ., S.U., 13-6-2006, n. 13659](#) e [n. 13660.](#)
- <sup>(24)</sup> V. par. 7.
- <sup>(25)</sup> [C. St., Ad. Plen., 22-10-2007, n. 12.](#)
- <sup>(26)</sup> Cintioli, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, *DAMM*, 2003, 85.
- <sup>(27)</sup> Garofoli-Racca-De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 250.
- <sup>(28)</sup> [T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 6-7-2001, n. 609.](#)
- <sup>(29)</sup> [C. St., sez. IV, 19-3-2003, n. 1457.](#)
- <sup>(30)</sup> [C. St., ad. plen., 5-9-2005, n. 6.](#)

- <sup>(31)</sup> Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, DPrA, 2003, 691.
- <sup>(32)</sup> [Cass. civ., S.U., 31-3-2005, n. 6745.](#)
- <sup>(33)</sup> [C. St., ad. plen., 15-9-2005, n. 7.](#)
- <sup>(34)</sup> [C. St., sez. VI, 23-6-2006, n. 3981.](#)
- <sup>(35)</sup> Cfr. Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, J, 1998, 653 ss.; Proto, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, UA, 2000, 1005; Vaiano, *op. cit.*, 270; Giacchetti, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi interessi legittimi*, CS, 2000, II, 2037; Montesano, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, DPrA, 2001, 592 ss.
- <sup>(36)</sup> [C. St., sez. V, 8-7-2002, n. 3796](#), CS, 2002, I, 1534; [C. St., sez. VI, 20-1-2003, n. 204](#), CS, 2003, I, 68. V., anche, [C. St., sez. V, 6-8-2001, n. 4239](#), FI, 2002, III, 1 e [Cass. civ., 10-1-2003, n. 157](#), FI, 2003, I, 78.
- <sup>(37)</sup> Giannini, *Intervento in Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interesse legittimo*, Milano, 1965, 511.
- <sup>(38)</sup> Garofoli-Racca-De Palma, *op. cit.*, 171.
- <sup>(39)</sup> [Cass. civ., S.U., 18-10-1993, n. 10296.](#)
- <sup>(40)</sup> [C. St., sez. IV, 19-3-2003, n. 1457.](#)
- <sup>(41)</sup> [C. St., sez. VI, 14-3-2005, n. 1047](#), UA, 2005, 1060, con nota di Garofalo, *Verso un modello autonomo di responsabilità amministrativa*. V. anche Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 172 ss.; Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- <sup>(42)</sup> [C. Giust. Amm. Sic., 18-4-2006, n. 153.](#)
- <sup>(43)</sup> Caianiello, *op. cit.*, 280.
- <sup>(44)</sup> [C. St., sez. IV, 6-7-2004, n. 5012](#); [C. St., 10-8-2004, n. 5500](#); [C. St., sez. VI, 23-6-2006, n. 3981](#); [C. Giust. Amm. Sic., 18-4-2006, n. 153](#); C. Giust. Amm. Sic., 22-6-2006, n. 312.
- <sup>(45)</sup> [C. St., sez. VI, 15-4-2003, n. 1945.](#)
- <sup>(46)</sup> [C. St., ad. plen., 15-9-2005, n. 7.](#)
- <sup>(47)</sup> Chieppa-Lopilato, *op. cit.*, 644.

<sup>(48)</sup> Cass. civ., S.U., 22.5.1984, n. 5361.

<sup>(49)</sup> C. St., sez. IV, 14-6-2001, n. 3169.

<sup>(50)</sup> C. St., sez. V, 6-8-2001, n. 4239.

<sup>(51)</sup> C. St., sez. IV, 6-7-2004, n. 5012; C. St., 10-8-2004, n. 5500.

<sup>(52)</sup> C. St., 9-3-2007, n. 1114; C. St., 25-1-2008, n. 213.

<sup>(53)</sup> C. St., sez. VI, 23-6-2006, n. 3981.

<sup>(54)</sup> C. Giust. CE, 14-10-2004, C-275/03.

<sup>(55)</sup> Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 3/2001; Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, FI, 1999, I, 3201; Luiso, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, RDPr, 2002, 46; Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 662 ss. e 718 ss.; Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, II, Milano, 2005, 552.

<sup>(56)</sup> Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, RiDPC, 2006, 513; Falcon, *op. cit.*, 287; Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad. pl. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, DPrA, 2001, 1 ss.; Stella Richter, *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, GC, 2000, II, 438 ss.; Villata, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, DPrA, 2007, 271.

<sup>(57)</sup> C. St., ad. plen., 26-3-2003, n. 4.

<sup>(58)</sup> C. St., sez. VI 18-6-2002, n. 3338.

<sup>(59)</sup> Cass. civ., 27-3-2003, n. 4538.

<sup>(60)</sup> Carpentieri, *Due dogmi, un mito e una contraddizione (prime riflessioni su Cass., ss.uu., ord. 13 giugno 2006, n. 13660)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006.

<sup>(61)</sup> Cass. civ., S.U., 13-6-2006, n. 13659 e n. 13660.

<sup>(62)</sup> C. St., ad. plen., 22-10-2007, n. 12.

<sup>(63)</sup> In quest'ultimo caso va presentata al T.A.R., che ha pronunciato la sentenza di annullamento: C. St., Ad. Plen., 18-10-2004, n. 10.

<sup>(64)</sup> C. St., sez. VI, 29-11-2002, n. 6575, FA C. St., 2002, 2981; C. St., Ad. Plen., 30-7-2007, n. 10.

<sup>(65)</sup> C. St., sez. V, 8-7-2002, n. 3796, FA C. St., 2002, 1718; C. St., sez. IV, 6-7-2004, n. 5012.

<sup>(66)</sup> C. St., sez. V, 24-10-2002, n. 5860, DeF, 2003, 65.

<sup>(67)</sup> C. St., sez. VI, 8-5-2002, n. 2485, FA C. St., 2002, 1290.

<sup>(68)</sup> C. St., sez. IV, 19-3-2003, n. 1457, CS, 2003, I, 670.

<sup>(69)</sup> De Cupis, *Il danno*, II, Milano, 1979, 307.

<sup>(70)</sup> Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1995, 186.

<sup>(71)</sup> V. Caringella, *op. cit.*, 625; Follieri, *La tutela nei contratti della P.a. nella giurisdizione esclusiva del G.A.*, *DPrA*, 1999, n. 2, 295. La tesi favorevole all'azione di adempimento è stata sostenuta con un approfondito studio da Vaiano, *op. cit.*, 295.

<sup>(72)</sup> C. St., sez. VI, 18-6-2002, n. 3338; C. St., sez. VI, 3-4-2003, n. 1716.

<sup>(73)</sup> C. St., sez. IV 14-6-2001, n. 3169, *DeF*, 2001.

<sup>(74)</sup> T.A.R. Campania, Napoli, I, 4-10-2001, n. 4485; in materia espropriativa, C. St., sez. IV, 30-1-2006, n. 290.

<sup>(75)</sup> C. St., sez. IV, 1-2-2001, n. 396; C. St., sez. V, 27-4-2006, n. 2374.

<sup>(76)</sup> C. St., sez. VI, 18-6-2002, n. 3332.

<sup>(77)</sup> C. St., sez. VI, 8-3-2004, n. 1080.

Copyright 2019 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

<http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1>

# **Responsabilità amministrativa e contabile (I agg.) di Simona Rodriguez**

(Anno di pubblicazione: 2008)

## **I. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE. PREMESSE.1. Le fonti normative.**

È a partire dalla fine del XIX secolo che cominciò a registrarsi l'emergere di una responsabilità del dipendente pubblico verso la pubblica amministrazione.

La dottrina del tempo iniziò a far riferimento ad una sorta di «responsabilità interna» del pubblico funzionario nei confronti

dell'amministrazione di propria appartenenza, da alcuni chiamata «amministrativa» e distinta, a sua volta, in responsabilità «disciplinare» e responsabilità «giuridica», quest'ultima rientrante nella giurisdizione di un giudice speciale quale la Corte dei Conti.

Gli orientamenti dottrinali successivi cominciarono poi a scindere la responsabilità «giuridica» in civile e penale e a parlare di una sorta di responsabilità «contabile» in capo agli agenti contabili, consistente in un esame del conto, ossia in una mera verifica della corrispondenza fra partite di entrata e di uscita <sup>(1)</sup>. Lo stesso art. 10 legge 14-8-1862, n. 800, attribuiva al giudice contabile la funzione di giudicare dei conti «che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro o di altri valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalla legge», giudizio che terminava, ai sensi dell'art. 40, o con la pronuncia di discarico dell'agente contabile o con la condanna al pagamento del debito accertato.

Solo qualche anno dopo, con la legge 22-4-1869, n. 5026, accanto alla responsabilità contabile, sembrava nascere (le voci in dottrina sono, invero, discordanti) <sup>(2)</sup> una nuova forma di responsabilità non più basata sulla corrispondenza tra partite di entrata e di uscita, ma sull'accertamento della sussistenza di un danno riconducibile a colpa o dolo del pubblico dipendente, indipendentemente da qualsivoglia riferimento al conto medesimo. L'art. 61 legge n. 5026/1869, infatti, introduceva il nuovo istituto del giudizio di responsabilità verso i pubblici ufficiali stipendiati dallo Stato e, in particolare, quelli «ai quali è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini», per i danni derivanti da «loro colpa o negligenza». La responsabilità sia dei contabili che dei verificatori era espressamente prevista non solo «per deficienza di cassa accertata dall'Amministrazione», ma anche, più genericamente, «per danno arrecato all'erario».

In virtù dell'art. 67 t.u. 17-2-1884, n. 2016, poi «gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, e specialmente quelli ai quali è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, dovranno rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato. A tale effetto, essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, la quale potrà porre a loro carico una parte o tutto il valore perduto».

Il t.u. n. 2016/1884 fu, parecchi anni dopo, sostituito dal [r.d. 18-11-1923, n. 2440](#), con il quale si estesero i principi della legislazione previgente a tutti gli impiegati statali, prevedendo, all'art. 82, quel principio generale che ancora oggi costituisce il nucleo fondamentale della responsabilità amministrativa («L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo»). Con tale norma, dunque, non si fece più riferimento ai valori perduti e al collegamento con le gestioni finanziarie-contabili ma si prevede, invece, una responsabilità di qualsivoglia impiegato per comuni fatti illeciti. La responsabilità sviluppata nell'ambito del giudizio di conto assunse così una definitiva ed autonoma configurazione ed applicazione generalizzata per tutti i dipendenti statali e, soprattutto, sotto il profilo processuale, accanto all'originario processo contabile, di cui si individuarono i caratteri essenziali, venne introdotta una nuova figura di processo (relativa alla c.d. responsabilità amministrativa) dinanzi alla Corte dei Conti. Per effetto della riforma (da alcuni considerata la vera tappa di svolta dell'evoluzione della giurisdizione del giudice contabile) <sup>(3)</sup>, la Corte dei Conti iniziò così a pronunciarsi anche su responsabilità per fatti illeciti dei dipendenti pubblici privi di attinenza con la gestione finanziaria.

L'art. [52 r.d. 12-7-1934, n. 1214](#), sostanzialmente, ribadì la disciplina fondamentale della responsabilità amministrativa, confermando, in particolare, che «i funzionari, impiegati ed agenti civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azioni od omissioni imputabili anche a sola colpa o negligenza, cagionino danno allo Stato o ad altra amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti nei casi e nei modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi statali».

Con l'avvento dello Stato repubblicano e, dunque, con l'entrata in vigore della Costituzione, si sono susseguite altre disposizioni legislative, come gli artt. 18 e 19 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato ([d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#)), le quali, invero, non hanno fatto altro che confermare l'ambito soggettivo della responsabilità amministrativa e contabile come già previsto dalla legislazione previgente.

Sino a poco più di dieci anni fa, tuttavia, la normativa in materia di responsabilità amministrativa, oltre ad essere differenziata a seconda dell'appartenenza o meno del dipendente ad amministrazioni statali ([r.d. 18-11-1923, n. 2440](#); r.d. 12-7-1934, n. 1914; [d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#); [r.d. 3-3-1934, n. 383](#) e art. 58 [l. 8-6-1990, n. 142](#), per gli enti locali; [l. 20-3-1975, n. 70](#) per gli enti pubblici non statali), era piuttosto scarna. Mancava qualsiasi riferimento al termine di prescrizione, alla rilevanza del danno arrecato ad altre amministrazioni, alla trasmissibilità o meno del danno agli eredi.

Negli anni '90, tale vuoto normativo veniva colmato con le leggi 14-1-1994, nn. 19 e 20 (novellate dalla [l. 20-12-1996, n. 639](#)), contenenti la fondamentale (ed unitaria) disciplina, sostanziale e processuale, della responsabilità amministrativa e contabile.

Il generale ambito di applicazione (a tutti i dipendenti pubblici, non solo statali) del regime di responsabilità amministrativa e contabile introdotto dalle novelle legislative appena citate è stato poi confermato da previsioni settoriali. Ai sensi dell'art. 55 d.lg. 30-3-2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), ad esempio, «per i dipendenti di cui all'art. 2, 2° co., resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche». L'art. 93 d.lg. 18-8-2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), intitolato «responsabilità patrimoniale», precisa che «per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato».

Quanto al personale «non privatizzato», per il quale il [d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#) resta tuttora in vigore, trova in ogni caso applicazione la disciplina di cui alle leggi n. 19 e n. 20 del 1994, non solo per la generale portata della normativa, ma anche in virtù del richiamo, contenuto all'art. 23 del testo unico sugli impiegati civili dello Stato ([d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#)), «alle leggi» (anche sopravvenute) in materia di responsabilità amministrativa e contabile.

Prima di addentrarsi nell'analisi della nuova disciplina, è prioritario un chiarimento sulla forte differenza [invero, da alcuni negata <sup>(4)</sup>], esistente sia sul piano terminologico che concettuale, tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile dell'agente pubblico.

Se la responsabilità amministrativa si configura a fronte di qualsiasi condotta, posta in essere da un dipendente pubblico, gravemente colposa e foriera di danno erariale alla propria amministrazione o altro ente pubblico, la responsabilità contabile può essere definita come quella particolare responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, ovvero gli agenti contabili, qualifica ex lege spettante ai soggetti che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni (art. [74, r.d. 18-11-1923, n. 2440](#); art. [178, r.d. 23-5-1924, n. 827](#)). Si tratta, per esempio, degli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate; degli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti; degli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di generi, oggetti e materie appartenenti alla pubblica amministrazione. La disponibilità materiale di denaro o beni distingue pertanto l'agente contabile dall'agente amministrativo, che ha mera disponibilità giuridica di denaro o beni, esercitando compiti deliberativi e ordinatori di spesa<sup>(5)</sup>.

## **II. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.2. Le componenti strutturali dell'illecito. L'autore e il rapporto di impiego o di servizio con la pubblica amministrazione.**

La responsabilità amministrativa trova nel rapporto di impiego, come disciplinato agli artt. [82 r.d. 18-11-1923, n. 2440](#) e [52 d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#), il suo presupposto fondamentale.

Sin dall'origine, tuttavia, era sentita l'esigenza di individuare parametri in grado di distinguere «funzionari, impiegati ed agenti», di cui all'art. [52 r.d. n. 1214/1934](#), sottoposti alla giurisdizione contabile, dagli altri soggetti che, qualora arrecassero un danno all'erario, erano invece attratti nella giurisdizione ordinaria.

Se nei primi decenni del secolo scorso, si tendeva a rimanere su posizioni tradizionaliste e a richiedere, pertanto, quale presupposto fondamentale della responsabilità in questione, un necessario rapporto di pubblico impiego, a partire dalla fine degli anni '50, la giurisprudenza contabile iniziò a far riferimento (e considerare sufficiente) un mero «rapporto di servizio» (C. Conti, sez. I, [30-1-1958, n. 8741](#); C. Conti, sez. riun., [13-1-1961, n. 5](#); C. Conti, sez. riun., [21-1-1972, n. 128](#))<sup>(6)</sup>. Tale era un rapporto configurabile ogniqualvolta una persona fisica, o anche giuridica, veniva inserita a qualsiasi titolo (anche coattivo, si pensi a quelli che erano, un

tempo, i militari di leva) nell'apparato organizzativo pubblico e veniva investita, in modo continuativo, di un'attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da essere compartecipe dell'attività amministrativa stessa<sup>(7)</sup>.

Nel solco di questo orientamento, è gradualmente emersa - anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione - un'ampia nozione di rapporto di servizio, tale cioè, da collocare il soggetto in relazione funzionale con l'ente pubblico <sup>(8)</sup>.

Ad integrare il predetto rapporto sembra oggi essere sufficiente - secondo orientamento ormai costante delle Sezioni Unite <sup>(9)</sup> - l'esistenza di una relazione (non necessariamente organica ma) funzionale che implichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli e agli obblighi volti ad assicurare la corretta gestione di tali beni.

### **3. L'estensione dell'ambito soggettivo della giurisdizione contabile. Il caso (emblematico) degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a partecipazione pubblica.**

Nonostante la graduale estensione soggettiva della giurisdizione contabile, un lapidario indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione <sup>(10)</sup> aveva escluso - sino al recente passato - la giurisdizione contabile sulle condotte dei dipendenti e amministratori di enti pubblici economici esplicative di attività imprenditoriale, limitandola alle sole condotte dannose che esorbitassero da tale attività, che fossero espressione di poteri autoritativi e pubblicistici o di funzioni esercitate dall'ente pubblico economico in quanto impresa-organo dello Stato <sup>(11)</sup>.

L'applicazione pratica dell'orientamento costantemente seguito dalla Suprema Corte aveva, invero, condotto ad esiti pressoché paradossali, a causa dell'estrema difficoltà di distinguere, in concreto, tra illeciti compiuti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale ed illeciti commessi nell'esercizio di poteri pubblici o di organizzazione dell'ente.

Corollario di tale orientamento non poté poi che individuarsi nella sostanziale impunità, sotto il profilo pecuniario, di molti amministratori di enti pubblici economici, sebbene condannati in sede penale per vicende spesso di notevole risonanza sociale e dagli onerosi risvolti erariali, con il non raro accollo dei costi di mala gestio di tali enti in capo alla collettività.

È solo nel dicembre 2003 che, recependo gli interessanti spunti provenienti dalla prevalente dottrina <sup>(12)</sup> e sconfessando il precedente indirizzo ostativo, le Sezioni Unite (con la sentenza [n. 19667 del 22-12-2003](#)) <sup>(13)</sup> hanno statuito la giurisdizione contabile (in materia di responsabilità amministrativa, ma non di conto) su amministratori e dipendenti di enti pubblici economici per i fatti successivi alla [legge n. 20/1994](#).

Tra i diversi argomenti a sostegno di tale, da molti auspicato, approdo ermeneutico, la sentenza prende atto che la progressiva «depubblicizzazione» della pubblica amministrazione operata dal legislatore <sup>(14)</sup> e il sempre più frequente ricorso a moduli privatistici per l'espletamento di funzioni pubbliche o per gestire il personale della p.a., hanno reso labile la distinzione tra enti pubblici ed enti pubblici economici, «e nel contempo non del tutto coerenti i criteri di riparto di cui al consolidato orientamento giurisprudenziale».

Ciò che rileva ai fini dell'applicazione di regole pubblicistiche e della sussistenza della giurisdizione contabile, costituzionalmente garante delle casse pubbliche, è dunque l'utilizzo di beni e denaro pubblico per la cura di pubblici interessi, a prescindere dallo strumento, privatistico o meno, utilizzato <sup>(15)</sup>.

Un ulteriore approdo di tale lento processo di maturazione si è avuto con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione [26-2-2004, n. 3899](#), con cui si è riconosciuta sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di una società per azioni il cui capitale era detenuto in misura assolutamente maggioritaria dalla pubblica amministrazione <sup>(16)</sup>. Sul piano sostanziale, le Sezioni Unite hanno preso atto della graduale e sempre più frequente attribuzione a soggetti dalla «ibrida» morfologia, pubblica e privata, e a privati tout court (società in mano pubblica, gestori di pubblici servizi) di compiti propri della funzione amministrativa. Nel riconoscere l'evoluzione «privatistica» della pubblica amministrazione, definita da autorevole dottrina una sorta di «fuga nel diritto privato» <sup>(17)</sup>, è così venuta meno ogni sorta di zona franca per gli amministratori degli enti pubblici e delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico <sup>(18)</sup>.

#### **4. Le componenti strutturali dell'illecito. La condotta (attiva ed omissiva).**

Fondamentale componente costitutiva della responsabilità amministrativa è la condotta, commissiva od omissiva, dell'agente <sup>(19)</sup>. A differenza dell'ambito del diritto penale, non esiste, nella materia che qui si studia, una fattispecie legale o un modello astratto di condotta illecita sanzionabile.

Può, tuttavia, affermarsi che la responsabilità amministrativa va desunta da *condotte illecite* dei pubblici dipendenti, e cioè da condotte costituenti violazione degli obblighi di servizio ex art. [18 d.p.r. 10-1-1957, n. 3](#) e da condotte causative di danni erariali cagionati nell'esercizio delle loro funzioni, ex art. [82 r.d. 18-11-1923, n. 2440](#) e art. 52 r.d. 12-7-1934, n. 1914. V'è peraltro subito da precisare che la condotta dell'agente non legata al rapporto di impiego o di servizio da relazioni di connessione o, quanto meno, di occasionalità necessaria, non potrà essere imputabile all'amministratore, ma di questa il dipendente pubblico dovrà eventualmente rispondere a titolo personale, secondo le leggi civili o penali.

Una questione piuttosto dibattuta in dottrina è quella relativa al rapporto tra illegittimità degli atti amministrativi ed illiceità della condotta. Se è vero che il giudice contabile è competente a giudicare solo della liceità o illiceità di un fatto giuridico *contra jus*, è diretta conseguenza che l'esame della legittimità degli atti sarà riservato alla giustizia amministrativa <sup>(20)</sup>, non potendosi tuttavia escludere che la illegittimità di un atto possa essere indicativa di un comportamento potenzialmente illecito ([C. Conti, sez. II, 27-6-1995, n. 62](#); [C. Conti, sez. riun., 19-9-1990, n. 684](#); [C. Conti, sez. riun., 20-2-1990, n. 652](#)). Più in particolare, se, da un lato, tra illegittimità di un atto amministrativo e illiceità della condotta, non sussiste una consequenzialità logica reciproca e necessitata, dall'altro lato l'illegittimità di un singolo atto può considerarsi figura sintomatica di antiggiuridicità della condotta da valutare sul piano dell'illecito <sup>(21)</sup>.

Ne consegue che il giudice contabile, pur non potendosi spingere al suo annullamento, potrà incidentalmente valutare la legittimità o meno di un atto amministrativo («giungendo eventualmente anche a conclusioni discordanti rispetto a quelle del giudice amministrativo presso il quale l'atto sia stato impugnato principaliter») <sup>(22)</sup>, al solo scopo di ravvisare i sintomi di illiceità della condotta posta in essere attraverso l'adozione dell'atto stesso.

## **5. L'evoluzione del danno erariale: dal danno all'immagine al danno da disservizio.**

In assenza di categorie tipizzate ex lege ed in mancanza di una precisa definizione normativa, il concetto di «danno erariale», è stato, probabilmente, l'elemento della responsabilità amministrativa che più ha subito una travagliata evoluzione nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Prima di addentrarsi nell'analisi di tale processo evolutivo, può sin da ora affermarsi che il danno erariale può consistere nel deterioramento o nella perdita di beni o denaro (il c.d. danno emergente causato, ad esempio, da appropriazione di beni dell'ufficio), o nella mancata acquisizione di incrementi patrimoniali che l'amministrazione avrebbe potuto realizzare (il c.d. lucro cessante, derivante, si pensi, da un omesso accertamento nei confronti di un contribuente).

Ulteriore distinzione degna di nota è poi quella tra danno diretto o indiretto, a seconda che sia stato cagionato all'ente pubblico sin dall'origine (ad esempio, con sottrazione di somme di denaro o danneggiamento di beni pubblici) ovvero sia stato procurato a terzi, nei cui confronti l'amministrazione, per accordo transattivo o sentenza di condanna, sia tenuta, ai sensi [dell'art. 28 Cost.](#), al risarcimento (si pensi a danni risarciti dall'amministrazione della Difesa ad un terzo ferito da un militare, a causa dell'uso maldestro dell'arma da fuoco).

Se su questi assunti definitivi non v'è stata, in dottrina, come in giurisprudenza, particolare diafrasi, è invece sul diverso contenuto del danno erariale (patrimoniale o non patrimoniale) che si sono registrate diverse voci dissonanti.

Sia pur ormai da considerarsi corrente superata, il danno erariale ha avuto, nella giurisprudenza tradizionale, carattere esclusivamente patrimoniale, traducendosi in un pregiudizio suscettibile di valutazione economica.

Solo in tempi relativamente recenti, sull'onda di una maggiore attenzione e sensibilità sociale verso interessi collettivi prima trascurati, si è assistito all'emergere di un diverso indirizzo giurisprudenziale. Superando la nozione iniziale di danno erariale, come esclusiva lesione di elementi del patrimonio dello Stato o dell'ente pubblico ed accogliendo il più esteso concetto di «danno pubblico», comprensivo non solo della lesione di

elementi patrimoniali, ma anche di interessi generali di natura pubblica (comunque suscettibili di valutazione economica) riferibili al cosiddetto Stato-comunità, la Corte dei Conti, già a partire dagli anni '70, ha, in via graduale, interpretato estensivamente la nozione di danno erariale.

Con una prima decisione del 1973, il giudice contabile teorizzò il nuovo concetto di danno erariale, inteso «non in senso puramente ragionieristico di turbativa, cioè, di alcuni elementi del conto patrimoniale», ma come «danno pubblico alla collettività» <sup>(23)</sup>. Si è giunti così a sussumere nella sua portata applicativa anche la compromissione di interessi di carattere generale del corpo sociale o la lesione dell'interesse pubblico generale all'equilibrio economico e finanziario dello Stato.

Con progressiva evoluzione giurisprudenziale, il giudice contabile è pervenuto gradualmente alla configurazione di un vero e proprio danno all'immagine e al prestigio della pubblica amministrazione.

Una celebre decisione resa nel 1994 dalla sezione Lombardia della Corte dei Conti (in un caso concernente un amministratore di un consorzio di comuni per la gestione di una discarica di rifiuti solidi urbani il quale, in concorso con un consigliere regionale, aveva agevolato un privato imprenditore a danno dell'ente pubblico, percependo indebitamente una somma in denaro) riconduceva il cosiddetto danno non patrimoniale al discredito subito dall'ente pubblico in ragione dell'evidenza data dalla stampa, con la conseguente amplificazione dell'attenzione della collettività <sup>(24)</sup>.

L'estensione della giurisdizione contabile al risarcimento del danno all'immagine ebbe, nel 1997, l'avallo della Corte di Cassazione, la quale, peraltro, prospettò una configurazione particolare e delimitata del danno in questione. Con la sentenza [n. 5668/1997](#) <sup>(25)</sup>, le Sezioni Unite esclusero la competenza del giudice contabile a pronunciarsi sul danno morale e ritennero ammissibile il risarcimento davanti alla Corte dei Conti del «danno conseguente alla grave perdita di prestigio e grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato», il quale, «anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta è, tuttavia, suscettibile di una valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso».

La Suprema Corte [non solo con la sentenza appena citata ma anche con successive decisioni conformi <sup>(26)</sup>] giunse così a delineare una «sostanziale patrimonialità» (sia pure in senso ampio) del danno in questione.

Questa lettura in chiave «patrimoniale» venne successivamente seguita anche dalle sezioni riunite della Corte dei Conti nel 1999 <sup>(27)</sup>. Richiamandosi alla citata decisione della [Corte di Cassazione n. 5668/1997](#), il giudice contabile precisò espressamente che «la lesione del bene immateriale (alla cui categoria va ricondotta il bene "immagine" o gli altri beni che soprattutto più recentemente hanno impegnato l'elaborazione dei giudici contabili) e del corrispondente interesse dell'amministrazione qui rilevano non meramente ex se, ma in quanto abbiano comportato la necessità di sostenere spese per il ripristino del bene leso. Pertanto, se è indubbio che il bene leso ha natura immateriale, il risarcimento del danno erariale rientrando nella categoria della Corte dei Conti conserva la sua natura patrimoniale; cioè, la stessa Corte ha giurisdizione sulle conseguenze patrimoniali, economiche prodotte dalla lesione del bene».

Alla luce di tale decisione, dunque, il confine ed il limite che contraddistingue la giurisdizione contabile sembra rimanere pur sempre quello della patrimonialità e del valore economico del pregiudizio subito dall'erario, seppure conseguente alla lesione di un bene immateriale.

Una nuova figura di danno erariale è poi emersa in relazione al noto fenomeno di «tangentopoli», il quale ha avuto non solo gravi conseguenze penali, ma anche giuscontabili, con le conseguenti, numerose, condanne di pubblici amministratori e funzionari. Si tratta del danno patrimoniale cosiddetto «da tangente», voce spesso strettamente collegata (se non addizionale) al già esaminato «danno all'immagine» <sup>(28)</sup>.

In via generale, l'importo del danno patrimoniale derivante dalla percezione di tangenti viene quantificato, dal giudice contabile, in via presuntiva in base a meccanismi equitativi (ex [art. 1226 c.c.](#)), in una somma almeno pari alla «mazzetta» versata al funzionario pubblico infedele, ferma restando la possibilità di una diversa (e più ampia) quantificazione del danno in presenza di parametri certi <sup>(29)</sup>.

Non mancano, infatti, decisioni che hanno quantificato il danno da tangente in un importo ben maggiore (almeno il doppio) rispetto alle erogazioni pecuniarie illecitamente effettuate a favore di funzionari o

amministratori, ritenendo in via presuntiva che il beneficio per il contribuente-evasore deve essere, in base all'id quod plerumque accidit, logicamente superiore all'importo della tangente, mancando, altrimenti, alcuna utilità derivante dall'azione illecita <sup>(30)</sup>.

Un'ulteriore voce di danno erariale elaborata dalla giurisprudenza contabile è quella del cosiddetto «danno da disservizio». In via generale, può affermarsi che tale danno si verifica in caso di inosservanza di doveri del pubblico dipendente con conseguente diminuzione di inefficienza dell'apparato pubblico. L'azione pubblica non raggiunge, dunque, sul piano qualitativo, quelle utilità ricavabili in via ordinaria dall'impiego di determinate risorse, così da causare uno spreco delle medesime.

Già da tale breve definizione, dovrebbe essere palese che la quantificazione concreta di un simile danno resta, ai sensi [dell'art. 1226 c.c.](#), affidata al prudente apprezzamento del giudice, il quale dovrà prendere in considerazione criteri obiettivi di rilevazione delle risorse impiegate per l'azione amministrativa intrapresa, risultando impraticabile ogni altro sistema di determinazione del danno stesso. La giurisprudenza, in ogni caso, tende a richiedere prova specifica di questa voce di danno (ed in particolare prova che il perseguimento di fini diversi da quello tipico dell'attività posta in essere abbia comportato il dispendio di risorse umane e di mezzi strumentali pubblici), non ritenendo sufficiente la sola presunzione della violazione dei doveri d'ufficio <sup>(31)</sup>.

## **6. La quantificazione del danno. La valutazione dell'utilitas percepita e il potere riduttivo dell'addebito.**

Analizzata la complessa nozione di «danno erariale» alla luce della graduale evoluzione giurisprudenziale, non resta che soffermare l'attenzione sui criteri di quantificazione del danno medesimo da parte del giudice contabile.

Va in via preliminare sottolineato che, pur competendo la determinazione dell'importo del danno alla Corte dei Conti, una ipotesi di importo viene abitualmente quantificata dall'amministrazione che denuncia il fatto alla Procura contabile, salvo l'eventuale potere di rettifica che lo stesso giudice spesso tende a riservarsi. Tale «ipotesi di danno» viene solitamente effettuata attraverso una verifica della fattispecie concreta che, come ovvio,

può variare sensibilmente a seconda della maggiore o minore complessità del caso.

Un istituto centrale nell'ambito della quantificazione del danno erariale è quello previsto dall'art. 1 bis [legge 14-1-1994, n. 20](#) (come modificato dalla [l. 20-12-1996, n. 639](#)), secondo il quale «nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità».

La norma ha dunque introdotto, nel giudizio amministrativo-contabile, il principio della compensazione tra danno e vantaggio - la cosiddetta *compensatio lucri cum damno* - in base al quale il giudice, nel quantificare il danno erariale, dovrà necessariamente tener conto dei *vantaggi comunque conseguiti* dall'amministrazione a seguito della condotta illecita del dipendente. Viene così introdotto, nello statuto del pubblico funzionario, il principio della compensabilità tra effetti negativi derivanti dall'infedeltà con eventuali effetti positivi, di vantaggio per l'amministrazione, «lasciando sussistere responsabilità amministrativa solo nel caso che il "saldo" tra i due tipi di effetti (attivi e passivi) sia a credito per l'Erario» <sup>(32)</sup>.

La genericità della formulazione normativa giunge a far ritenere che il giudice dovrà necessariamente computare, nel determinare il quantum debeatur, qualsiasi vantaggio che sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito: non solo dell'utilità patrimoniale riferita all'ente in quanto tale, ma anche del vantaggio alla «comunità amministrata» e, dunque, dell'utilità pubblica comunque derivata dal comportamento sottoposto all'esame del giudice <sup>(33)</sup>.

La valutazione in merito all'eventuale sussistenza di un'utilitas è condizione che precede, processualmente, l'altro parametro di giudizio cruciale nella fase di quantificazione del danno: trattasi del cosiddetto potere riduttivo dell'addebito, come oggi espressamente previsto dall'art. 1, co. 1 bis, [legge n. 20/1994](#).

L'istituto della riduzione dell'addebito - che consente di ripartire il rischio di danno tra l'autore della condotta e l'amministrazione pubblica - è ritenuto, da buona parte della dottrina, un potere discrezionale del giudice

contabile che imprime al rito contabile un carattere derogatorio del generale ed ordinario regime risarcitorio <sup>(34)</sup>. Si tratterebbe di una sorta di unicum attraverso il quale il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, sarebbe in grado di ridurre il quantum di danno accertato ed imputabile al pubblico dipendente autore di condotte illecite, sino alla possibile (invero alquanto rara) esclusione di qualsivoglia addebito.

Più in generale, la valutazione del giudice non si limita al mero danno ed alla causalità della condotta che lo ha determinato, ma si estende a tutti gli elementi della fattispecie dannosa, considerata nel complesso delle componenti soggettive ed oggettive.

Per quel che concerne le circostanze soggettive, nella giurisprudenza amministrativo-contabile hanno assunto particolare rilevanza, ad esempio, la (breve) esperienza pregressa e la giovane età (soprattutto nei casi relativi a quelli che erano i militari di leva: [C. Conti, 23-7-2001, n. 771](#); [C. Conti, 18-3-1999, n. 165](#)); i precedenti (positivi) di carriera ([C. Conti, 1-6-2004, n. 1117](#); [C. Conti, 24-6-2003, n. 1362](#)); il comportamento e la personalità del convenuto, lo stato emotivo in occasione dell'evento dannoso; il suo stato di salute e le gravi condizioni di stress psico-fisico ([C. Conti, 16-5-2007, n. 1287](#)); i turni gravosi di lavoro; il suo trattamento economico e le sue condizioni economiche generali ([C. Conti, 18-3-2003, n. 105/A](#)).

Quanto, invece, alle circostanze oggettive, il giudice contabile tende spesso a prendere in considerazione le situazioni esterne in cui il pubblico dipendente si è trovato ad operare, quali la disorganizzazione dell'ufficio o la complessità organizzativa dell'ente ([C. Conti, 20-1-2004, n. 19](#)).

## **7. Le componenti strutturali dell'illecito. L'elemento soggettivo: innovazioni legislative e dubbi di legittimità costituzionale.**

Affinché si configuri responsabilità per gli illeciti compiuti dai dipendenti ed agenti pubblici, causativi di danno erariale, oltre all'elemento oggettivo a cui ci si è sinora riferiti, occorre la presenza del cosiddetto elemento soggettivo o psicologico, rappresentato dalla volontà colpevole, cioè dalla colpevolezza, atteggiamento antidoveroso della volontà, che si concreta nelle forme del dolo e della colpa grave.

Deve sin da subito precisarsi che prima della novella legislativa del 1996 ([d.l. 23-10-1996, n. 543](#), convertito in [l. 20-12-1996, n. 639](#)), nel campo della responsabilità amministrativa patrimoniale, i funzionari e gli agenti

pubblici venivano considerati responsabili, oltre che per dolo, anche per colpa grave e colpa lieve. Solo diverse categorie di dipendenti pubblici (tra cui, ad esempio, conducenti civili e militari dello Stato di autoveicoli e di altri mezzi meccanici, dipendenti delle Ferrovie dello Stato nell'esercizio di funzioni inerenti alla circolazione dei treni ed alle attività direttamente connesse), in ragione della particolarità dei loro compiti, erano tenute a rispondere soltanto per dolo e colpa grave.

L'art. 3, 1° co., lett. a), [d.l. 23-10-1996, n. 543](#), convertito in [legge 20-12-1996, n. 639](#), nell'apportare significative modifiche alla [legge 14-1-1994, n. 20](#), è giunto a limitare, in via generale, la responsabilità amministrativa ai soli comportamenti posti in essere con «dolo o colpa grave», generalizzando quel regime di «privilegio» precedentemente riservato (come appena accennato) solo ad alcune categorie settoriali di pubblici dipendenti e derogando al generale principio della responsabilità per «dolo o colpa».

Sulla legittimità costituzionale della novella del 1996, per contrasto con gli [artt. 3, 97 e 103 Cost.](#), aveva invero dubitato la Corte dei Conti, la quale rimetteva la questione alla Consulta ritenendo, tra le diverse doglianze, che la norma «[appiattisse] l'organizzazione dei pubblici uffici su di una forma di responsabilità unica ed indifferenziata» (C. Conti, ord. 13-12-1996, n. 49).

La Corte costituzionale, nel 1998, rigettava le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate, rilevando come la limitazione della responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti dinanzi alla Corte dei Conti ai soli casi di dolo e colpa grave rispondesse ad un ragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore e fosse congruente con una concezione efficientistica dell'impiego pubblico <sup>(35)</sup>. La Corte chiariva che la normativa in questione [art. 3, 1° co., lett. a), [l. n. 639/1996](#)] doveva considerarsi preordinata al fine di evitare che il timore della responsabilità non esponesse all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa. La disciplina della responsabilità amministrativa - argomentava il giudice delle leggi - è stata, dunque, elaborata in vista della ricerca di un punto di equilibrio tra il quantum di rischio da accollare all'apparato pubblico e quello da lasciare a carico del dipendente, in modo da rendere, per i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di

disincentivo, pur nel rispetto delle finalità restitutorie e di prevenzione assolute dall'illecito amministrativo-contabile.

Mentre il *dolo* non ha originato particolari problemi applicativi, coincidendo con la nozione penalistica delineata dagli [artt. 42 e 43 c.p.](#) e configurandosi a fronte di danni previsti e voluti come conseguenza della propria azione ([C. Conti, 3-6-2003, n. 244](#); [C. Conti, 1-7-2002, n. 228](#)), la nozione di colpa grave, una novità innanzi al giudice contabile, ha dato vita a non pochi dubbi interpretativi <sup>(36)</sup>.

L'ormai copiosa elaborazione delle sezioni riunite della Corte dei Conti costituisce, oggi, un utile parametro per l'individuazione di alcune macroipotesi di colpa grave.

Una sentenza resa solo due anni dopo la novella legislativa del 1996 aveva, a tal proposito, affermato che la colpa grave si fonda sull'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta, che sia «ex ante» ravvisabile dal soggetto e riconoscibile per dovere di ufficio e si concretizzi nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto o in una marchiana imperizia, superficialità e noncuranza ([C. Conti, sez. riun., 21-5-1998, n. 23/A](#)).

Più in generale, si è affermato in giurisprudenza come, ai fini della configurazione della colpa grave, non rilevi la semplice violazione di regole di condotta, ma debbano concorrere sintomi precisi, quali la oggettiva prevedibilità dell'evento dannoso, la violazione di elementari norme di comportamento, l'inescusabile approssimazione nella tutela degli interessi pubblici, l'assenza di difficoltà oggettive ed eccezionali nell'ottemperare ai doveri di servizio violati ([C. Conti, 29-6-2000, n. 51](#)).

Si è inoltre più volte ribadito che vi è colpa grave qualora il danno erariale sia frutto della violazione di precetti *ictu oculi* espressi e chiari e, dunque, qualora si configuri un *errore professionale inescusabile* (si pensi ai casi di illegittimo conferimento di incarichi libero-professionali a dipendenti pubblici, in presenza di un chiaro quadro normativo di riferimento e della posizione apicale ricoperta dal dirigente che ha conferito gli incarichi: [C. Conti, 26-3-2007, n. 801](#)).

Recentemente, il giudice contabile ha rilevato come la nozione di colpa grave comprenda sia gli errori inescusabili per la loro grossolanità, sia l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti all'esercizio di una

determinata attività professionale, sia il difetto di quel minimo di perizia tecnica, d'esperienza e di capacità professionale che non devono e non possono mancare in chi esercita l'attività di riferimento ([C. Conti, 23-5-2007, n. 738](#); [C. Conti, 15-12-2003, n. 259](#)).

Più in generale, secondo la giurisprudenza che va ormai consolidandosi, la colpa è grave quando si è in presenza di un comportamento caratterizzato da «mancanza di diligenza, violazione delle disposizioni di legge, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, che si traduce, in estrema sintesi, in una situazione di macroscopica contraddizione tra la condotta tenuta nello specifico dal pubblico dipendente ed il minimum di diligenza imposto dal rapporto di servizio, in relazione alle mansioni, agli obblighi ed ai doveri di servizio» ([C. Conti, 14-7-2005, n. 1010](#)).

## **8. Le componenti strutturali dell'illecito. Il nesso causale.**

Tra l'antigiuridica condotta (attiva od omissiva) dell'agente e l'evento lesivo deve sussistere un nesso di causalità, ulteriore componente strutturale ed elemento autonomo e concorrente dell'illecito amministrativo.

In altri termini, affinché la causazione di un danno all'Erario possa dar vita a responsabilità amministrativa, è condizione necessaria che la diminuzione patrimoniale sia conseguenza della condotta o dell'omissione dell'agente.

Tale diretta connessione non può essere ravvisata attraverso meri giudizi ipotetici, ma occorre che la causalità sia reale, con la conseguenza che, come affermato nel 1990 dalle sezioni riunite della Corte dei Conti, «mancando la prova che il comportamento omissivo abbia avuto incidenza causale sull'evento di danno, deve procedersi all'assoluzione dei convenuti» <sup>(37)</sup>.

La nozione non presenta invero particolari divergenze rispetto alla materia trattata dal diritto penale e civile. Se, da un lato, [l'art. 1223 c.c.](#), prevede che il «risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita (...) come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta», dall'altro lato, [l'art. 40, 1° co., c.p.](#), stabilisce che «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione». L'«inadeguatezza» (secondo alcuni) <sup>(38)</sup> della previsione del

codice civile al fine di una puntuale ricostruzione del nesso causale, ha spinto la giurisprudenza amministrativa-contabile (in assenza di una normativa specifica) a far più frequente riferimento alle previsioni del codice penale e, in particolare, all'art. 41 che, al primo comma, prevede l'ipotesi di cause concorrenti e specifica che «il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sé solo sufficienti a determinare l'evento».

La giurisprudenza amministrativa-contabile, dunque, nell'operare un ricorrente richiamo ai parametri del diritto penale, ha sostanzialmente accolto, senza rilevanti differenze, gli orientamenti della Corte di Cassazione (penale) in materia, senza elaborare una specifica nozione del nesso causale. Anche il giudice contabile si è così ispirato al principio della «condicio sine qua non», il quale individua il nesso causale nella circostanza senza la quale non si sarebbe determinato un certo evento ([C. Conti, sez. II, 1-12-1993, n. 298](#)) e, ancor più frequentemente, al principio della «causalità adeguata», secondo cui l'evento è ricollegabile ad un fatto quando ne è l'usuale conseguenza, in base all'esperienza dell'id quod plerumque accidit ([C. Conti, 26-8-1999, n. 1007](#)), o a quello della «causalità umana», alla luce del quale va escluso dal legame eziologico il fatto imprevedibile o atipico ([C. Conti, 20-2-1991, n. 11](#)).

Più nello specifico, il giudice contabile, partendo da tali parametri, è solito poi concentrare la propria analisi sulle singole fattispecie, al fine di verificare, in concreto, l'esistenza o meno del nesso eziologico.

### **III. LA RESPONSABILITÀ CONTABILE.9. Premesse introduttive. La figura dell'agente contabile.**

Come già si è in precedenza affermato, se la responsabilità amministrativa può configurarsi a fronte di qualsiasi condotta posta in essere da un dipendente pubblico, gravemente colposa e foriera di danno erariale alla propria amministrazione o altro ente pubblico, la responsabilità contabile può invece definirsi come quella particolare responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, ovvero gli agenti contabili, qualifica ex lege spettante ai soggetti che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni <sup>(39)</sup>.

A seconda dell'oggetto o della causa del loro «maneggio», gli agenti contabili sono poi comunemente distinti, dalla dottrina, in *agenti della riscossione* o *esattori*, incaricati di riscuotere le entrate e di versarne l'ammontare; in *agenti pagatori* o *tesorieri*, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti; in *agenti consegnatari*, incaricati della conservazione di generi, oggetti e materie appartenenti alla pubblica amministrazione.

Gli agenti contabili nel loro complesso possono poi distinguersi in *agenti di diritto* o in meri *agenti di fatto*, a seconda che siano titolari di legale investitura ovvero si siano ingeriti arbitrariamente nello svolgimento di queste funzioni. Mentre i primi sono coloro che hanno l'obbligo strumentale della custodia dei valori assegnati in base a norme, a rapporto di impiego o a contratto, i secondi sono invece quei soggetti che si ingeriscono nel «maneggio» di valori dello Stato senza legale autorizzazione, ovvero senza essere «normativamente» incaricati dello svolgimento di simile attività.

Le fattispecie in cui le Corti ravvisano gli estremi dell'«agente contabile di fatto» sono a dir poco numerose. Si richiama qui il caso di un direttore di un Centro di formazione professionale, il quale si era di fatto ingerito nella gestione economico/finanziaria del Centro, instaurando procedure e prassi che gli avevano consentito di distrarre a proprio favore fondi di pertinenza pubblica. La Corte dei Conti riconobbe come l'agente si fosse concretamente ingerito nella fase operativa secondo schemi riconducibili a una gestione economica, ponendosi al di là dei compiti che direttamente discendevano dalle mansioni che a lui facevano carico ([C. Conti, 6-3-2006, n. 109](#); [C. Conti, 14-2-2005, n. 75](#)).

Più in generale, v'è da sottolineare che gli agenti contabili *di fatto* sono in ogni caso soggetti alle stesse disposizioni e stessi adempimenti che incombono sugli agenti contabili *di diritto*, tra i quali si può sin da ora ricordare il dovere di restituzione dei valori maneggiati e delle materie di proprietà dell'ente pubblico avuti in consegna, dovere che si concretizza nell'obbligo di rendere il conto alla Corte dei Conti, o direttamente o tramite l'amministrazione di riferimento.

Si può trattare, inoltre, sia di dipendenti pubblici che di soggetti estranei all'amministrazione; sia di persone fisiche che di persone giuridiche (si

pensi a un istituto bancario che svolga le funzioni di tesoreria e cassa di un ente pubblico).

## **10. Gli obblighi a carico dell'agente contabile.**

Per molto tempo la responsabilità contabile è stata configurata, dalla dottrina prevalente, quale sottospecie della responsabilità civile e, più precisamente, quale responsabilità contrattuale caratterizzata da un peculiare e centrale obbligo di custodia <sup>(40)</sup>.

La dottrina più recente, tuttavia, ha sottolineato come il dovere di custodia in capo agli agenti contabili non sia, invero, fine a se stesso, ma meramente «strumentale, integrativo e preparatorio al fine primario che consiste nell'obbligo di restituire, secondo le modalità proprie del servizio, i valori e i beni che sono stati loro assegnati» <sup>(41)</sup>.

L'agente contabile viene così ad essere considerato responsabile solo qualora si verificano degli ammanchi che emergano nel corso del processo contabile, configurandosi sempre a suo carico un obbligo di restituzione dei valori avuti in consegna e costituendo l'obbligo di custodia uno dei tanti obblighi conseguenti al rapporto di servizio o di ufficio.

Al fine di assolvere a tale ultimo dovere, gli agenti contabili sono tenuti a presentare (alla chiusura dell'esercizio finanziario, ovvero alla cessazione dell'appartenenza dell'agente dall'ufficio) il conto, detto giudiziale, in quanto sottoposto al vaglio della Corte dei Conti <sup>(42)</sup>.

Il conto-documento può definirsi un documento contabile che rappresenta la gestione dell'agente ed i risultati conseguiti attraverso un riepilogo, in termini numerici, delle operazioni svolte. Pur potendo avere un contenuto che varia da un'amministrazione all'altra, in linea generale, esso deve sempre comprendere il carico (costituito dal resto della gestione precedente e dagli incrementi di gestione), lo scarico (le somme e i valori da decurtare) ed il resto (differenza tra carico e scarico). A norma dell'art. [616 r.d. n. 827/1924](#), infatti: «il conto giudiziale di ogni contabile deve comprendere il carico, lo scarico, e i resti da esigere, l'introito, l'esito e la rimanenza».

Attraverso il rendiconto, il contabile deve dimostrare il modo in cui sono avvenute le operazioni di maneggio di denaro o valori in termini di carico (inteso come debito) e di scarico (inteso come liberazione). Elementi quali

la discrasia tra carico e discarico, unitamente all'aver svolto atti reali (maneggio) sui beni e valori dell'ente e alla condotta dolosa o gravemente colposa, vengono considerati (come si vedrà) sufficienti a fondare la responsabilità contabile, salvo che l'agente non dimostri l'imprevedibilità e l'inevitabilità del danno e, dunque, l'interruzione del nesso di causalità tra il suo operato ed il danno arrecato all'amministrazione.

La presentazione avviene mediante deposito presso la Sezione regionale competente. In dettaglio, ciascuna Sezione giudica i conti riguardanti gli agenti contabili della Regione in cui ha sede e dei relativi enti pubblici infraregionali, nonché gli agenti di organi e uffici dello Stato e altri enti pubblici aventi sede o uffici nella Regione stessa.

Il Presidente della Sezione regionale, cui è presentato il conto, lo assegna ad un magistrato designato quale relatore, il quale avrà l'onere di procedere all'istruttoria. Al termine, il magistrato relatore presenterà la sua relazione, con cui chiederà al Presidente il discarico del contabile, qualora il conto sia risultato regolare, o la condanna del medesimo a pagare la somma di cui sia considerato debitore, ovvero, infine, la rettifica dei resti da riportare nel conto successivo.

In ogni caso, qualora non si realizzino le condizioni per il discarico, il conto verrà iscritto al ruolo di udienza con decreto del Presidente della Sezione (notificato all'agente contabile), con cui si nominerà il relatore.

Avvenuta l'iscrizione a ruolo, si dà vita a una nuova fase processuale che, peraltro, può svolgersi senza la presenza del contabile. La sentenza che la conclude può essere istruttoria, e dunque rivolta ad acquisire nuovi elementi di valutazione rispetto a quelli già acquisiti dal relatore, o definitiva, e concludere con la dichiarazione di regolarità o di non regolarità del conto. In quest'ultimo caso, la sentenza condannerà l'agente al pagamento di una somma pari a quanto nel conto non risulti regolare.

## **11. Gli elementi costitutivi della responsabilità contabile.**

A parte il peculiare e limitato ambito soggettivo di applicazione, gli elementi costitutivi della responsabilità contabile sono i medesimi che caratterizzano la responsabilità amministrativa, con l'unica differenza che, come osservato in dottrina, «si atteggiavano in modo diverso» <sup>(43)</sup>.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo della colpa grave, si ritiene generalmente come esso non debba essere dimostrato dal Procuratore ma si presuma, ove il contabile non offra la prova della esimente che gli ha impedito l'adempimento della prestazione cui era tenuto.

Si è a tal proposito parlato di una sorta di *presunzione di colpa* caratterizzante la responsabilità contabile e di una conseguente *inversione dell'onere della prova*.

Il contabile presunto responsabile delle mancanze, del deterioramento o della diminuzione delle cose a lui affidate, in particolare, otterrebbe il discarico soltanto provando che il danno sia stato causato da caso fortuito o forza maggiore o naturale deperimento della res oppure che lo stesso non sia a lui imputabile per negligenza, avendo egli posto in essere ogni idonea misura al fine di conservare la cosa avuta in consegna ed evitarne il perimento o comunque il deterioramento <sup>(44)</sup>. Ciò peraltro può evincersi anche dalla semplice lettura dell'art. [194, 1° co., r.d. n. 827/1924](#), secondo cui: «le mancanze, deteriorazioni, o diminuzioni di denaro o di cose mobili avvenute per causa di furto, di forza maggiore, o di naturale deperimento, non sono ammesse a discarico degli agenti contabili, se essi non esibiscono le giustificazioni stabilite nei rispettivi servizi, e non comprovano che ad essi non sia imputabile il danno, né per negligenza, né per indugio frapposto nel richiedere i provvedimenti necessari per la conservazione del danaro o delle cose avute in consegna». Sembra chiaro, dunque, come il legislatore abbia voluto, sin dall'inizio, disciplinare la fattispecie dell'illecito contabile in maniera più rigorosa rispetto alla responsabilità amministrativa, al fine (evidente) di tutelare il patrimonio dell'amministrazione pubblica.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale oggi pacifico, tuttavia, dalla norma predetta deriverebbe una sorta di presunzione iuris tantum, con conseguente onere del dipendente di fornire la prova della sua non colpevolezza, dimostrando che l'inadempimento dell'obbligazione di restituzione è stato dovuto a cause a lui non imputabili.

A titolo d'esempio, si richiama una fattispecie riguardante un illecito contabile (per ammanchi di valori e somme), in cui l'organo giudicante ha rilevato come la configurazione della responsabilità contabile non comporti una vera e propria inversione dell'onere della prova, «atteso che siffatta responsabilità resta pur sempre ancorata alla dimostrazione ad opera di

parte attrice, ai sensi [dell'art. 2697 c.c.](#), dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria e cioè l'esistenza del rapporto di servizio e la non corrispondenza della prestazione effettiva con quella cui il dipendente era invece obbligato (es. effettività dell'ammanco) (...). Al contabile incombe, ai sensi dell'art. [194 r.d. 23-5-1924, n. 827](#), l'onere di provare i fatti impeditivi che si oppongono alla pretesa attrice (e dunque che l'illegittima perdita o ammanco dei valori siano dovuti a fatto a lui non imputabile). In particolare, in caso di furto di denaro in suo possesso, il contabile-consegnatario deve fornire la prova non già del solo furto, bensì di avere adottato ogni scrupolo e cautela per la salvaguardia del bene» <sup>(45)</sup>.

La stessa giurisprudenza ha così chiarito che spetta al pubblico ministero provare, secondo i noti principi del giudizio di responsabilità amministrativa, i fatti costitutivi della pretesa dedotta in giudizio e cioè l'esistenza del rapporto (e, dunque, i presupposti e gli elementi costitutivi della responsabilità, dal rapporto di servizio alla condotta, all'evento, al nesso di causalità) e l'inadempimento della prestazione, mentre all'agente contabile compete la prova dei fatti impeditivi dell'esatto adempimento dell'obbligazione (caso fortuito o forza maggiore) <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sul punto Giannini, *Svolgimento della dottrina delle responsabilità contabili*, in *St. Emilio Betti*, V, Milano, 1962, 183, in part. 187.

<sup>(2)</sup> Cfr. Schiavello, «Processo contabile», in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 713.

<sup>(3)</sup> Scoca (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 35.

<sup>(4)</sup> Per l'acceso dibattito in dottrina su una reale differenza tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile, v. Scoca, *op. cit.*, 25.

<sup>(5)</sup> Sottolinea peraltro che i criteri di individuazione della responsabilità contabile «non sono stati mai pacifici e la confusione permane ancora», Schiavello, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, 44.

<sup>(6)</sup> La giurisprudenza del giudice contabile della fine degli anni '50 e inizi anni '60 fu seguita anche dalla dottrina amministrativista: cfr., ad

esempio, Silvestri, *Rapporto di servizio e giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, RTDP, 1962, 823.

(7) Cfr. le argomentazioni critiche di Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, CS, 2001, II, 1559, spec. 1598 ss.

(8) Ex plurimis, cfr. [Cass. civ. S.U., 5-4-1993, n. 4060](#), MGI, 1993; [Cass. civ., 17-11-1994, n. 9751](#), CS, 1995, II, 503.

(9) Cfr. di recente [Cass. civ. S.U., 20-10-2006, n. 22513](#), MGI, 2006; [Cass. civ. S.U., 2-3-2006, n. 4582](#), FI, 2006, 5, 1386.

(10) Il «leading case» è rappresentato da [Cass. civ. S.U., 2-3-1982, n. 1282](#), GI, 1982, I, 1, 615, con nota di Maddalena; FA, 1982, I, 1443, con nota di Bochicchio.

(11) Sulla giurisdizione del g.o. sui danni cagionati da amministratori di enti pubblici economici nell'esercizio di attività di impresa e della Corte dei Conti per danni cagionati nell'esercizio di poteri organizzativi di natura pubblicistica, cfr., [Cass. civ. S.U., 17-7-2001, n. 9649](#), RCC, 2001, n. 5, 237. In dottrina, cfr. Voci, *La giurisprudenza sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, RTDP, 1986, 1106; Andreani, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, RTDP, 1989, 16.

(12) Cfr. in tal senso, Maddalena, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, RAm, 1996, 445.

(13) [Cass. civ. S.U., 22-12-2003, n. 19667](#), FA C. St., 2003, 3585; FI, 2005, 1, 2676, con nota di D'Auria; [GI, 2004, 1831](#), con nota di Astegiano.

(14) Tra gli innumerevoli interventi legislativi «depubblicizzanti», si pensi all'art. [11 l. 7-8-1990, n. 241](#) sugli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento; l'art. 113 d.lg. 18-8-2000, n. 267 (già art. [22 l. 8-6-1990, n. 142](#)) sulla gestione di servizi pubblici locali con moduli societari.

(15) Recentemente, le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento espresso nel 2003: sul punto si richiama [Cass. civ. S.U., 11-7-2007, n. 15458](#), GDAm, 2007, 10, 1097.

<sup>(16)</sup> [Cass. civ. S.U., 26-2-2004, n. 3899](#), *FA C. St.*, 2004, 375; [GI, 2004, 1946](#), con nota di Rodriquez; *AC*, 2004, 1448. Nello stesso senso, si segnala un più recente intervento del giudice contabile: [C. Conti, 9-2-2005, n. 32](#), *FA C. St.*, 2005, 622, con nota di Lombardo.

<sup>(17)</sup> Nigro, *La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1631.

<sup>(18)</sup> Deve essere qui richiamato l'art. [16 bis d.l. 31-12-2007, n. 248](#) (G.U. 31-12-2007, n. 302), convertito in [l. 28-2-2008, n. 31](#) (G.U. 29-2-2008, n. 51), a norma del quale: «Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Non si rinvencono, ad oggi, commenti dottrinali sulla norma, ad esclusione di Sandulli, *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero l'effetto perverso delle norme last minute)*, [www.giustamm.it](#), 2008, n. 2.

<sup>(19)</sup> Ha sottolineato la tendenza del giudice contabile ad individuare il danno quasi esclusivamente nelle condotte commissive più che in quelle omissive, De Bellis, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1999, 72.

<sup>(20)</sup> Cfr. Garri, *Premessa*, in *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa e contabile*, a cura di Garri-Mastropasqua-Ristuccia-Rozera, Milano, 1992, X, secondo cui, invero, la giurisprudenza tende ad emanare sentenze nelle quali l'illecito viene affermato se il giudice ritiene che l'atto sia illegittimo.

<sup>(21)</sup> Anche se non recente, utile il riferimento a Francese, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, *FA*, 1987, 1674.

<sup>(22)</sup> Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile del personale militare*, in *L'ordinamento militare*, II, a cura di Poli-Tenore, Milano, 2006, 822.

- (23) [C. Conti, sez. I, 15-5-1973, n. 39, FA, 1973, I, 3.](#)
- (24) [C. Conti, sez. Lombardia, 24-3-1994, n. 31, FA, 1994, 2573, con nota di Tenore.](#)
- (25) [Cass. civ. S.U., 25-6-1997, n. 5668, DResp, 1997, 6, 767.](#)
- (26) Cfr. [Cass. civ. S.U., 25-10-1999, n. 744, GI, 2000, 1053](#); [Cass. civ. S.U., 4-4-2000, n. 98, DResp, 2000, 8-9, 874.](#) Più di recente, v. [Cass. civ. S.U., 12-11-2003, n. 17078, FA C. St., 2003, 3277.](#)
- (27) [C. Conti, sez. riun., 28-5-1999, n. 16, FA, 2000, 655.](#) Le pronunce del giudice contabile in materia di danno all'immagine sono a dir poco numerose. Tra le più recenti, si richiamano [C. Conti, sez. I, 14-1-2008, n. 24, GI, 2008](#); [Cass. civ., sez. I, 7-12-2007, n. 501, GI, 2008.](#)
- (28) Cfr., tra le prime sentenze in materia, [C. Conti, 18-2-1995, n. 136, RCC, 1995, f. 2, 122](#); [C. Conti, 20-4-1995, n. 62, RCC, 1995, 2, II, 91.](#)
- (29) Cfr. recentemente [C. Conti, 7-12-2006, n. 251, FA C. St., 2006, 3424 \(s.m.\).](#)
- (30) In giurisprudenza, v. [C. Conti, 9-5-2000, n. 1211, RCC, 2000, f. 5, 105.](#)
- (31) In questo senso, v. [C. Conti, 10-4-2000, n. 125/A, RCC, 2000, f. 2, 70.](#) Recentemente, sul danno da disservizio, si richiama [C. Conti, 23-1-2008, n. 109, GI, 2008](#), la quale ha ritenuto sussistente il danno da disservizio nel caso di medici che, con condotta dolosa, percepivano dall'amministrazione una retribuzione anche per le ore in cui risultavano aver svolto attività sanitaria privata: «ciò in ragione della loro distrazione dai doveri di servizio cui sono tenuti per rapporto contrattuale con l'azienda sanitaria».
- (32) Cacciavillani, *La «compensatio lucri cum damno» nella gestione contabile di fatto*, nota a [C. Conti, 17-9-1999, n. 490, FA, 2000, 263.](#)
- (33) Tra le tante, si segnalano [C. Conti, sez. III, 22-2-2006, n. 110, RCC, 2006, f. 1, 123](#); [C. Conti, 23-3-2005, n. 154, FA C. St., 2005, 943.](#)
- (34) Sull'argomento, cfr. ad esempio Pilato, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padova, 1999, in part. 308 ss. Meno recentemente,

v. Abbamonte, *Per rinverdire il potere riduttivo della Corte dei conti nei giudizi di responsabilità*, in *St. Ottaviano*, Milano, 1993, 1267.

<sup>(35)</sup> [C. Cost., 20-11-1998, n. 371](#), CS, 1998, II, 1609; *RAm*, 1998, 954, con nota di Maddalena.

<sup>(36)</sup> Sul concetto di colpa grave, cfr. in dottrina Pagliarin, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002; Maddalena, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, *RCC*, 1997, 272.

<sup>(37)</sup> [C. Conti, sez. riun., 19-9-1990, n. 682/A](#), *RCC*, 1990, f. 6, 38.

<sup>(38)</sup> Cfr. Busnelli, «Illecito civile», in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1991, 17.

<sup>(39)</sup> Secondo l'art. [44, 1° co., r.d. 12-7-1934, n. 1214](#), «la Corte giudica, con giurisdizione contenziosa, sui conti dei tesorieri, dei ricevitori, dei cassieri e degli agenti incaricati di riscuotere, di pagare e di maneggiare denaro pubblico o di tenere in custodia valori e materie di proprietà dello Stato, e di coloro che si ingeriscono anche senza legale autorizzazione negli incarichi attribuiti a detti agenti».

<sup>(40)</sup> Si veda, tra gli altri, Ferrara, *La responsabilità contabile-amministrativa nell'ambito dell'ordinamento statale*, *CIt*, 1974, 1125.

<sup>(41)</sup> In questo senso, Cimini, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003, 103. *Amplius* sulle varie teorie dottrinali concernenti la natura della responsabilità contabile, Schiavello, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, cit., 139.

<sup>(42)</sup> In dottrina, anche se risalenti, si segnalano sul punto Benvenuti, *Osservazioni parallele sul rendiconto*, *J*, 1958, 217; Alessi, «Responsabilità contabile», in *NN.D.I.*, XV, Torino, 1968, 662.

<sup>(43)</sup> Per l'espressione, cfr. Staderini-Silvestri, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998, 477.

<sup>(44)</sup> In giurisprudenza, hanno fatto riferimento a una *inversione dell'onere della prova* ritenendo che, mentre l'organo requirente può limitarsi a denunciare l'ammanco contabile, sul convenuto grava l'onere di provare

l'assenza del danno erariale contestatogli ovvero la non imputabilità dello stesso ad una propria negligenza: [C. Conti, 14-6-2006, n. 373, FA Tar, 2006, 2242](#); [C. Conti, 6-5-2005, n. 445, RCC, 2005, f. 3, 146](#).

<sup>(45)</sup> [C. Conti, 14-4-2005, n. 127, RCC, 2005, f. 2, 62](#).

<sup>(46)</sup> Cfr., tra le più risalenti sul punto, [C. Conti, 2-6-1989, n. 186, RCC, 1989, f. 3, 79](#). Più recentemente, si veda [C. Conti, 5-5-2005, n. 597, RCC, 2005, f. 3, 159](#).

<http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1>

# INFORTUNI SUL LAVORO INCOLUMITA' PUBBLICA (REATI) INFORTUNI SUL LAVORO

*Dir. Pen. e Processo, 2016, 10, 1309 (nota a sentenza)*

## **SICUREZZA NELLE SCUOLE E POSIZIONI DI GARANZIA: DIVISIONE O MOLTIPLICAZIONE DI RESPONSABILITÀ PENALI?**

di Gaetana Morgante

[Cass. pen. Sez. IV Sentenza, 03 febbraio 2015, n. 12223](#)

[Cass. pen. Sez. IV, 03 febbraio 2015, n. 12223](#)

[D.Lgs. 19-09-1994, n. 626, 10.](#)

[D.Lgs. 09-04-2008, n. 81, Art. 2.](#)

In caso di verifica di infortuni negli edifici scolastici a danno di studenti si conferma l'applicazione della disciplina in materia di sicurezza sul lavoro. La presenza di una pluralità di garanti succedutisi nel tempo e variamente identificabili nel progettista e responsabile dei lavori di

ristrutturazione dei locali crollati, nel responsabile provinciale dell'edilizia scolastica, nel dirigente scolastico e nei Responsabili del Servizio di Prevenzione e Protezione pone la questione dell'individuazione dei criteri di ripartizione delle responsabilità penali in termini sincronici e diacronici. In particolare, sul versante della successione nei ruoli di responsabili della sicurezza la Cassazione, in contrasto con le conclusioni alle quali era giunta la sentenza di primo grado del Tribunale di Torino e confermando la pronuncia della Corte d'Appello territoriale, esclude l'applicabilità del principio di affidamento nella correttezza dell'operato altrui ai fini di una possibile esclusione della responsabilità, richiamando tutti i soggetti che abbiano ricoperto nel tempo una posizione di garanzia all'adempimento del dovere di integrale ed esaustiva valutazione dei rischi, fissando altresì rigorosi standard di valutazione della colpa di tutti coloro che risultano a vario titolo chiamati dalla legge a garantire la sicurezza delle scuole.

**Sommario:** Sicurezza delle scuole e criteri di individuazione delle posizioni di garanzia - La posizione *sui generis* del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione - Moltiplicazione vs. divisione delle responsabilità penali: la soluzione del caso Darwin - La successione di garanti in attività inosservanti: definizione ed effetti tra teoria e prassi - Successione tra garanti e ripartizione delle responsabilità: verso una terza via? - Considerazioni conclusive

## **Sicurezza delle scuole e criteri di individuazione delle posizioni di garanzia**

La sentenza in esame affronta la questione della sicurezza degli edifici scolastici, con particolare riguardo alla definizione dell'identità, del contenuto e dei limiti temporali di "vigenza" delle posizioni di garanzia. I tragici fatti oggetto del processo riguardavano il crollo della controsoffittatura di un'aula del Liceo Darwin di Rivoli (Torino) a seguito del quale uno studente perdeva la vita, ed altri riportavano gravi lesioni. La questione giuridica di immediata evidenza atteneva alla presenza di una pluralità di soggetti responsabili di garantire la sicurezza dell'istituto, non solo in prospettiva sincronica, essendo la moltiplicazione delle posizioni di garanzia nel settore della sicurezza sul lavoro la cifra caratteristica della legislazione antinfortunistica a far data dai primi anni Novanta, ma anche e soprattutto in termini diacronici posto che tra l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione e il crollo erano trascorsi più di quarant'anni, durante i quali diversi soggetti si erano avvicendati nei ruoli di responsabili a vario titolo della sicurezza. Sul tema dei limiti e degli effetti della successione nelle posizioni di garanzia la Corte interviene a seguito di una difformità di

soluzioni raggiunte nei due precedenti gradi di giudizio, pervenendo, a conferma della sentenza della Corte d'Appello di Torino, alla conclusione della disapplicazione del principio di affidamento in caso di successione di posizioni di garanzia in attività inosservanti, con la conseguente affermazione di responsabilità di tutti i soggetti che avevano nel tempo ricoperto i ruoli di responsabili della sicurezza sul versante pubblico degli enti locali preposti, come su quello privato della scuola medesima.

Posta la perpetuazione delle posizioni di garanzia di tutti i soggetti variamente coinvolti negli anni nella ristrutturazione e manutenzione dell'edificio, la Corte definisce altresì il contenuto dei doveri di intervento e di previsione dei garanti, soffermandosi sulla cruciale questione degli obblighi incombenti sui titolari di una *Garantenstellung* "ove non sia possibile garantire un adeguato livello di sicurezza". In una questione così controversa, l'intervento nomofilattico della Corte risulta di particolare interesse individuando una serie di *regulae iuris*, suscettibili di trovare applicazione ben al di là del settore della sicurezza scolastica, attenendo al tema generale della moltiplicazione delle posizioni di garanzia nel tempo dall'ambito della sicurezza del lavoro generalmente intesa a tutte le situazioni caratterizzate da una pluralità, attuale e/o proiettata nel tempo, di soggetti garanti del medesimo interesse.

L'applicazione del Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro ([D.Lgs. n. 81/2008](#)) alle scuole forma oggetto di previsione espressa da parte dell'art. 2 (Definizioni) del provvedimento medesimo, laddove ribadisce come per "lavoratore" debba intendersi, tra gli altri, il "beneficiario di tirocini formativi e di orientamento professionale o di alternanza scuola-lavoro" e lo "studente di ogni ordine e grado o il partecipante a corsi di formazione ove si faccia uso di laboratori, agenti chimici, fisici o biologici e attrezzature in genere compreso i VDT, limitatamente al periodo di utilizzo"<sup>(1)</sup>. Ponendosi pienamente nel solco della legislazione antinfortunistica previgente, il TUSL ha optato per una nozione onnicomprensiva di lavoratore che svolga l'attività sotto la responsabilità di altri qualificabile in termini di "datore di lavoro"<sup>(2)</sup>. A differenza che per l'equiparazione tra studente e lavoratore, espressamente stabilita agli effetti dell'applicabilità del TUSL da parte dell'art. 2, la definizione del datore di lavoro nelle scuole non vanta un'analoga definizione normativa esplicita, essendo il datore di lavoro identificato nel soggetto che "secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la sua attività, ha la

responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa".

Ugualmente mente silente il TUSL rimane riguardo alla definizione delle scuole o dei luoghi di formazione come "luoghi di lavoro" (in generale identificati dall'art. 62 come quelli "destinati a ospitare posti di lavoro (...) nonché ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro") e, più in generale, nella definizione delle regole di sicurezza negli ambienti *lato sensu* destinati ad ospitare attività formative. Si deve, dunque, essenzialmente alla giurisprudenza l'adattamento alla specifica realtà scolastica delle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

Volendo, dunque, dare conto, nei limiti consentiti dal presente lavoro, delle direttive generali di applicazione ed interpretazione del TUSL negli edifici scolastici, emerge univocamente in giurisprudenza il principio secondo il quale il "datore di lavoro" nelle scuole deve essere identificato nel dirigente scolastico, sul quale incombono i fondamentali doveri enunciati dall'art. 18 quali, ai fini che qui interessano, quelli della nomina delle figure preposte alla sicurezza (prima tra tutte quella del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione o RSPP) e degli addetti all'emergenza, alla valutazione dei rischi con stesura ed aggiornamento del relativo documento, all'individuazione, programmazione ed attuazione delle misure di prevenzione e protezione.

Tutto ciò premesso, il contesto nel quale si discute dell'applicabilità delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro alla sicurezza nelle strutture di istruzione e formazione è strutturalmente affetto dal tema del possesso delle capacità tecnico-professionali, delle competenze specifiche e dei relativi poteri di spesa e di intervento di soggetti che, per definizione, ne sono pressoché regolarmente privi in quanto docenti o dirigenti scolastico-universitari. Il rilievo della, per così dire, ontologica carenza di competenze tecniche *ad hoc* degli intranei alle strutture scolastiche laddove essi vengano nominati garanti della sicurezza scolastica non è, invero, ignorata dal TUSL che in una disposizione in apparenza "marginale" esprime la necessità che negli edifici scolastici la sicurezza sia valutata, gestita e monitorata da soggetti dotati delle necessarie capacità. Si tratta, in particolare, dell'art. 32, commi 8 e 9 laddove si prevede che "negli istituti di istruzione, di formazione professionale e universitari (...), il datore di lavoro che non opta per lo svolgimento diretto dei compiti propri del

servizio di prevenzione e protezione dei rischi designa il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, individuandolo tra il personale interno all'unità scolastica in possesso dei requisiti (...) che si dichiara a tal fine disponibile", specificando altresì che, in caso, contrario, "gruppi di istituti possono avvalersi in maniera comune dell'opera di un unico esperto esterno, tramite stipula di apposita convenzione, e, in via subordinata, con enti o istituti specializzati in materia di salute e sicurezza sul lavoro o con altro esperto esterno libero professionista". La legge pone, dunque, sul dirigente scolastico/datore di lavoro un dovere primigenio di assicurare la competenza tecnica di coloro che si occupano di sicurezza negli istituti, in tal modo confermando la natura eminentemente professionale della colpa in materia di sicurezza sul lavoro<sup>(3)</sup>.

Tale rilievo, invero cruciale nel settore della sicurezza scolastica, trova espresso richiamo nella sentenza in commento laddove, affrontando il tema delle competenze tecniche degli agenti concreti i quali, in diversi motivi di ricorso, avevano negato l'esistenza della colpa in ragione della mancanza della preparazione scientifica necessaria, ha affermato come trattasi di "tesi da ritenere erronea perché agente modello è colui che adegua la propria condotta alle conoscenze disponibili nella comunità scientifica e che, se non dispone di queste conoscenze, adempie all'obbligo - se intende svolgere un'attività che comporta il rischio di eventi dannosi - di acquisirle o di utilizzare le conoscenze di chi ne dispone o, al limite, di segnalare al datore di lavoro la propria incapacità di svolgere adeguatamente la propria funzione. Insomma se un soggetto riveste una posizione di garanzia per una funzione di protezione del garantito deve operare per assicurare la protezione richiesta dalla legge al fine di evitare eventi dannosi e non può addurre la propria ignoranza per escludere la responsabilità dell'evento dannoso". L'irrilevanza dell'incompetenza tecnica ad escludere o attenuare la colpa dell'agente viene, dunque, pienamente confermata dalla Cassazione che, in linea con i classici studi in materia di colpa, individua nell'atto stesso di accettare un compito per il quale non si sia adeguatamente "attrezzati" una *colpa per assunzione*, stigma originario consistente in quella violazione dei primigeni doveri di perizia che contraddistingue il rimprovero colposo nei casi di colpa professionale<sup>(4)</sup>.

Quanto appena rilevato emerge altresì dalla citata disposizione relativa ai doveri del dirigente scolastico di nominare un RSPP competente qualora egli stesso, o altri all'interno dell'istituto, non posseggano le capacità

richieste, ad ulteriore conferma del fondamentale ruolo di consulente tecnico legale del datore di lavoro di questa controversa figura<sup>(5)</sup>.

## **La posizione *sui generis* del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione**

Alla figura del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione la sentenza in esame dedica ampio spazio a confermare come la circostanza che tale figura non sia destinataria in prima persona di obblighi sanzionati penalmente, e svolga un ruolo non operativo, ma di mera consulenza non costituisca argomento di per sé decisivo ai fini dell'esonero dalla responsabilità penale, trattandosi, al contrario di doveri istituzionali di consulenza del datore di lavoro "rilevanti ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito" e della valutazione della colpa<sup>(6)</sup>.

La previsione di un Servizio di Prevenzione e Protezione e la preposizione in capo ad esso di un Responsabile "in possesso di attitudini e capacità adeguate, previa consultazione del rappresentante per la sicurezza" (art. 31, comma 2) costituisce una delle fondamentali innovazioni del [D.Lgs. n. 626/1994](#). Come sottolineato dalla dottrina<sup>(7)</sup>, infatti, la parte più innovativa del [D.Lgs. n. 626/1994](#) non riguardò tanto l'individuazione di ulteriori obblighi prevenzionistici a carico dei responsabili dell'azienda, quanto, invece, la configurazione di un diverso e più efficace modello di gestione dei problemi della sicurezza basato sulla programmazione degli interventi e sulla procedimentalizzazione delle varie fasi attraverso le quali questa deve svolgersi. In conformità alle linee guida contenute nella direttiva comunitaria 391/89, dunque, il legislatore del 1994 scelse di istituzionalizzare alcune strutture ritenute indispensabili al fine di far efficacemente funzionare il sistema di tutela della sicurezza dei lavoratori nella consapevolezza che l'obbligo di sicurezza dei soggetti responsabili dovesse essere affiancato ed assistito da un organismo aziendale in grado di fornire loro, sia pure a livello semplicemente consultivo e propositivo, quei supporti tecnici e professionali indispensabili all'elaborazione ed attuazione del piano di sicurezza.

Ciò posto, anche nel [D.Lgs. n. 81/2008](#) il servizio di prevenzione e protezione conserva una funzione essenzialmente consultiva e promozionale come confermato dalla circostanza che gli addetti e la persona designata come responsabile non sono espressamente compresi tra i soggetti sanzionati penalmente per le violazioni eventualmente

commesse nell'esercizio delle loro attribuzioni. Tale consapevolezza si trae altresì da quanto previsto dall'art. 31, il quale precisa che: a) gli addetti interni al servizio di prevenzione e protezione (compreso il responsabile del servizio stesso) non potranno subire pregiudizio alcuno a causa dell'attività svolta nell'espletamento del loro incarico e che b) qualora il datore di lavoro ricorra a persone o servizi esterni, egli non è per questo liberato da qualunque responsabilità in materia (comma 5). In linea di principio, infatti, non trattandosi di soggetti titolari di un vero e proprio potere decisionale, essi non potranno essere chiamati a rispondere della violazione delle prescrizioni di legge. A tal proposito, anche la più recente giurisprudenza precisa che i compiti del servizio assumono un carattere prevalentemente consultivo e non operativo<sup>(8)</sup>.

Sui requisiti che devono essere posseduti dagli addetti e dai responsabili dei servizi di prevenzione e protezione dei lavoratori, in ossequio al dovere imposto al datore di lavoro di scegliere soggetti qualificati, l'art. 32 stabilisce che le capacità ed i requisiti professionali dei responsabili e degli addetti ai servizi di prevenzione e protezione interni o esterni devono essere adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative, precisando altresì quali siano i titoli di studi ed i corsi professionali richiesti dalla particolarità dei compiti assegnati. A scorporare il rapporto di stretta collaborazione tra datore di lavoro e RSPP interviene, per di più, il comma 3 sancendo che " il servizio di prevenzione e protezione è utilizzato dal datore di lavoro".

Come ricordato poco sopra, la questione più rilevante che attiene ai rapporti tra datore di lavoro e servizio di prevenzione e protezione è data dalla configurabilità di una responsabilità a carico dell'RSPP pur in assenza di previsione di contravvenzioni sue proprie. A questo proposito la giurisprudenza di legittimità ha rilevato come il servizio sia chiamato a svolgere un ruolo ausiliario e non sostitutivo nei confronti del capo dell'impresa, con la conseguenza che mai il datore di lavoro potrebbe delegare l'adempimento delle obbligazioni penalmente sanzionate al responsabile del servizio medesimo in modo tale da risultare esonerato da doveri espressamente dichiarati in delegabili dall'art. 17. Significativa conferma della netta linea di demarcazione che deve essere posta tra il ruolo del datore di lavoro e quello del responsabile del servizio di prevenzione e protezione è data dalla previsione dell'art. 34 ove, analogamente a quanto previsto originariamente dall'art. [10 D.Lgs. n. 626/1994](#), si autorizza eccezionalmente il datore di lavoro a svolgere i

compiti propri del servizio. Ne deriva che, al di fuori di tale ipotesi, non è in linea di principio consentita una commistione di piani come dimostrato da quell'orientamento giurisprudenziale<sup>(9)</sup> secondo il quale il responsabile del servizio di prevenzione e protezione non risponde direttamente delle inadempienze del datore di lavoro (del quale è un ausiliario privo di poteri decisionali) ed in particolare delle sue condotte inosservanti delle regole di prevenzione antinfortunistica.

Posto, dunque, che gli addetti al servizio di prevenzione e protezione non possano essere considerati per ciò solo titolari di una posizione di garanzia che permane in capo al datore di lavoro, ciò non implica, tuttavia, come anche ritenuto dalla sentenza in esame, che tali soggetti debbano considerarsi del tutto immuni da qualunque responsabilità civile e penale. A tale scopo, la dottrina<sup>(10)</sup> distingue tra il piano delle responsabilità prevenzionistiche derivanti dalla violazione di norme di puro pericolo da quello della responsabilità per reati colposi d'evento. Qualora, infatti, l'errore di valutazione del consulente abbia determinato come conseguenza non un semplice stato di pericolo (non contemplato da alcuna fattispecie contravvenzionale *ad hoc*) ma la produzione di un vero e proprio evento lesivo, l'individuazione del soggetto responsabile dovrà essere effettuata sulla base dei principi generali che regolano la responsabilità colposa professionale ed il concorso di persone nel reato ad ulteriore conferma del carattere ontologicamente plurisoggettivo dei reati connessi alla violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro. A tale scopo, come fatto palese dalla giurisprudenza formatasi già sotto la vigenza del [D.Lgs. n. 626/1994](#) sarà necessario distinguere tra compiti operativi<sup>(11)</sup> del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed attività propositive e programmatiche<sup>(12)</sup> allo scopo di valutare l'*an* ed il *quomodo* della sua responsabilità, non lontano dai meccanismi di suddivisione e cumulo della responsabilità tra delegante e delegato.

Posto che, dunque, nel caso di specie i RSPP avessero omesso di segnalare una situazione di pericolo percepibile ad un più approfondito esame dello stato dei luoghi e della loro stabilità strutturale, la Cassazione ha ritenuto che questi potessero essere chiamati a rispondere per aver omesso di segnalare al dirigente scolastico i segnali d'allarme del cedimento dei locali successivamente crollati, ad ulteriore conferma dell'applicabilità *pleno et optimo iure* dei principi generali di imputazione della responsabilità penale colposa oltre che dei principi e delle regole del concorso di persone nel reato ai complessi rapporti tra datore di lavoro ed RSPP.

## **Moltiplicazione vs. divisione delle responsabilità penali: la soluzione del caso Darwin**

Il *key point* della sentenza Darwin è senza dubbio costituito dal problema della moltiplicazione delle posizioni di garanzia rilevanti ai fini della sicurezza dell'edificio scolastico crollato e dalla conseguente questione della ripartizione delle responsabilità tra gli stessi. Si tratta, infatti, della questione sulla quale si apprezza la difformità delle soluzioni adottate nei due gradi di giudizio e dunque del fulcro dell'intervento nomofilattico della Cassazione. Come già ricordato, la moltiplicazione di posizioni di garanzia nella materia che qui interessa rileva non solo dal punto di vista *sincronico*, essendo la coesistenza *attuale* di molteplici soggetti garanti del medesimo bene-sicurezza la caratteristica strutturale del più moderno diritto della prevenzione antinfortunistica, ma anche *diacronica* in ragione della successione nel tempo di una pluralità di soggetti responsabili ai diversi livelli dell'istituto/luogo di lavoro, dei professionisti esterni che avevano proceduto alla ristrutturazione dei locali successivamente crollati ed alla loro manutenzione ed, infine, dei funzionari provinciali addetti all'edilizia scolastica. Confermando le conclusioni raggiunte dalla sentenza della Corte d'Appello di Torino che sul punto aveva riformato quella del Tribunale territoriale, la Cassazione ribadisce che, ai fini dell'imputazione delle responsabilità penali per gli eventi verificatisi a seguito di condotte poste in essere in tempi diversi da soggetti reciprocamente succedutisi nei ruoli di garanti della sicurezza, il principio di affidamento non può trovare applicazione qualora sia ravvisabile un'attività *ab origine* inosservante, dalla quale siano residuati rischi non adeguatamente monitorati, segnalati e gestiti da tutti i soggetti coinvolti indipendentemente dalla circostanza che la creazione della situazione di rischio non sia imputabile al garante *in corso* ma debba essere ascritta alla condotta posta in essere da soggetto ormai cessato dal pregresso ruolo di responsabile.

La trattazione del tema degli effetti della successione di garanti in attività inosservanti offre altresì l'occasione di ritornare sulle questioni, rispetto a quest'ultime pregiudiziali, della definizione dei doveri d'intervento ai fini dell'applicabilità della clausola d'equivalenza di cui all'art. 40, cpv. c.p. e della determinazione del contenuto della regola cautelare ai fini del giudizio di colpa<sup>(43)</sup>, con una precisazione che, per alcuni aspetti, si pone in controtendenza rispetto alla *ratio* della distinzione tra rischio e pericolo propria del TUSL. Nella definizione dei doveri del datore di lavoro (e, in concorso con lo stesso, dei responsabili del servizio di prevenzione e

protezione dallo stesso nominati) la Corte specifica come ove non sia possibile garantire un livello di sicurezza adeguato, il datore di lavoro debba *interrompere l'attività*. Si tratta, infatti, di un'interpretazione "draconiana" dei doveri di sicurezza che appare non pienamente in linea con quanto programmaticamente previsto dall'art. 15, comma 1, lett. c) dello stesso TUSL laddove, nell'individuazione delle misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, fa riferimento all'"eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico"<sup>(14)</sup>. La prospettiva dell'azzeramento radicale del pericolo, invero maggiormente coerente con l'impianto dei decreti antinfortunistici del 1955 e del 1956, assume, invece, per la Corte un ruolo prevalente rispetto alla prospettiva della minimizzazione, in tal modo ponendo le premesse, funzionali alla risoluzione della questione del riparto di responsabilità tra garanti succedutisi nel tempo, per un'ulteriore implementazione del contenuto dei doveri di impedimento e delle regole cautelari connessi alla titolarità della posizione di garanzia della sicurezza negli edifici scolastici, nei ricordati termini della disapplicazione del principio di affidamento in presenza di inosservanze protrattesi anche a seguito della successione.

### **La successione di garanti in attività inosservanti: definizione ed effetti tra teoria e prassi**

Invero, il tema della successione nelle posizioni di garanzia ha frequentemente sofferto più che di un "percepito complesso" di una vera e propria "condizione di minorità" rispetto al più frequentato istituto della delega di funzioni, in comparazione al quale ha sempre rivestito un ruolo marginale, trattandosi, per l'appunto, più di una figura giuridica da distinguere rispetto alla delega stessa che da definire in sé indipendentemente dalla delega.

Una virtuosa eccezione rispetto al diffuso interesse per la sistematizzazione teorico-giuridica dell'istituto della delega di funzioni a dispetto di quello della successione nelle posizioni di garanzia è data dal fondamentale saggio di Alberto Gargani<sup>(15)</sup>, il quale, con riflessioni che se pur pubblicate ormai sedici anni or sono costituiscono a tutt'oggi il più compiuto sforzo di razionalizzazione del tema successorio in diritto penale, si occupò della questione in termini autonomi rispetto alla delega proponendo, con riguardo alla figura "cadetta" soluzioni interpretative da inquadrare non

più ai margini dell'istituto "primogenito" ma nel più ampio contesto della responsabilità omissiva e colposa.

Riportando in estrema sintesi le conclusioni raggiunte dall'Autore, con le quali chiunque voglia occuparsi del tema successorio non può non confrontarsi, egli opera una summa *divisio* a seconda che la successione nelle posizioni di garanzia intervenga in un contesto *fisiologico*, vale a dire in una situazione *lato sensu* "sana", ovvero *patologico*, o in attività inosservanti, precisando come quell'effetto integralmente liberatorio del cedente a seguito della successione attenga esclusivamente al primo scenario, non potendo la successione produrre gli effetti esoneranti propri della sua natura, per così dire, di istituto di teoria generale del diritto qualora intervenga in un contesto nel quale permangano violazioni, per quello che qui interessa, penalmente rilevanti. La violazione dell'obbligo giuridico conseguente alla mancata eliminazione dei fattori di rischio fa riemergere, secondo Gargani, la rilevanza della condotta che ha determinato l'insorgenza del rischio stesso, mostrando la "tendenza congenita della colpa a rimanere avviluppata al proprio originario artefice"<sup>(16)</sup>.

Volendo, tuttavia, precisare il contenuto dell'obbligo di agire discendente dalla "nuova" posizione di garanzia derivante dalla mancata liberazione del cedente, l'Autore rileva come la neutralizzazione dei fattori di rischio colposo innestati dal cedente possa avvenire soltanto per mano del garante attuale, potendo incombere sul cedente originario soltanto un dovere di completa ed accurata rappresentazione, in qualità di predecessore, delle caratteristiche e dei risultati della propria gestione, concludendo icasticamente come "più o meglio di questo non si può richiedere al cedente per consentire ai successori di evitare l'evento: informando il subentrante, il cedente si scioglie da ogni obbligo di garanzia"<sup>(17)</sup>.

La soluzione adottata dalla sentenza in esame, invece, si ascrive a quell'orientamento interpretativo<sup>(18)</sup>, invero criticato dall'Autore in sede di ricostruzione dei fondamentali passaggi dell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto della successione nelle posizioni di garanzia in attività inosservanti, secondo il quale, in presenza di eventi causalmente riconducibili a violazioni di doveri d'intervento da parte dell'originario garante, la successione è *tamquam non esset*, non potendo in alcun modo l'autore della violazione sfuggire agli effetti di perpetuazione dei doveri promananti dalla posizione di garanzia precedentemente ricoperta, se

questa è stata ceduta in un contesto patologico. In particolare, secondo questo orientamento, se pur formalmente cessata, la posizione di garanzia viene mantenuta in vita ai soli fini dell'imputazione della responsabilità penale per avere l'originario titolare colposamente omesso di rimuovere tutti i rischi derivanti dalla condotta inosservante successivamente concretizzatisi nella realizzazione dell'evento. In realtà, come riecheggiato dal celebre quanto suggestivo titolo del saggio del 2000, tale soluzione tradirebbe la crasi tra profili omissivi e colposi già emergente dal caso Stava, ove la confusione tra criteri di imputazione della condotta colposa e criteri di imputazione dell'evento passa attraverso una nozione onnicomprensiva di evitabilità declinata, per così dire, *dual use* a fondare l'imputazione obiettiva dell'evento unitamente all'imputazione della responsabilità colposa, bypassando quel giudizio di ascrizione obiettiva del fatto e di rimproverabilità personale che necessita, congiuntamente, della prova del nesso causale tra la pregressa condotta e l'evento e del riferimento espresso all'esigibilità del rispetto della regola cautelare.

Lo spettro dell'*ubi culpa, ibi omissio* torna, dunque, ciclicamente laddove si tratti di valutare l'*an* e il *quomodo* della responsabilità di chi, al momento della verifica dell'evento, non rivesta più la posizione di garanzia, essendo questa ormai stata trasferita ad altri. E sotto questo angolo visuale, la Cassazione distingue concettualmente tra possibilità in concreto che un evento possa verificarsi e grado di diligenza utile per evitarlo, mettendo in evidenza come i criteri di valutazione della responsabilità colposa non possano basarsi sui livelli di diligenza esigibili dal concreto soggetto agente, o dall'uomo più esperto o dall'uomo normale, per riferirsi, piuttosto, al criterio dell'*homo ejusdem professionis ac conditionis*, da individuare volta per volta in relazione alle singole attività svolte e lo standard della diligenza, della perizia e della prudenza dovute. Sul versante materiale, invece, la Cassazione individua le cause dell'evento nell'eccessivo ed irregolare interesse tra i pendini, definendo quest'ultimo un "difetto facilmente percepibile ad un'osservazione visiva ed addebitabile ad un'anomalia progettuale".

Tale (invero) meritoria ed assolutamente condivisibile distinzione tecnico-giuridica mostra una rara sensibilità ai fondamenti epistemologici della teoria generale del reato come architettura complessa ove ciascun elemento deve essere definito e soprattutto provato in autonomia rispetto agli altri ed in un ordine idealmente crescente ove l'accertamento del nesso causale debba precedere quello sulla responsabilità colposa. Sennonché, proprio

laddove si tratti di trarre dalla predetta distinzione le conseguenze necessarie per chiarire l'ambito di ripartizione delle responsabilità tra i diversi garanti succedutisi nel tempo, la Cassazione torna alla *regula iuris* del caso Stava, giustificando, tuttavia, la perpetuazione della posizione di garanzia del "primo inosservante" non tanto sulla crisi *culpa/omissio* quanto sull'enfasi apposta sulla nozione di *prevedibilità*, valorizzata al punto tale da imporre un dovere di prevedere le possibili conseguenze dell'intervento di ristrutturazione e riqualificazione dei locali successivamente crollati che vada oltre il tempo e lo spazio. Posto, infatti, che potessero essere percepite le successive possibilità di aggravamento della situazione del controsoffitto crollato, si considera comunque inadeguato il comportamento dell'originario progettista e dei successivi responsabili provinciali della sicurezza dell'edilizia scolastica, laddove essi avevano fornito direttive assolutamente generiche sul controllo e il monitoraggio della stabilità dell'edificio, senza ravvisare le criticità strutturali specifiche che avrebbero richiesto, come ricordato, un intervento risolutivo di consolidamento o l'interdizione all'uso dei locali.

L'efficacia attrattiva della prevedibilità sui profili propri dell'imputazione della responsabilità omissiva consente di oltrepassare, altresì, la cruciale questione, evidenziata da Gargani nel citato saggio, dell'individuazione del soggetto che abbia attualmente, *rectius* al momento della verifica dell'evento, il potere di intervenire al momento della verifica del fatto, dovendo quest'ultimo a parere dell'A. identificarsi "soltanto nell'ultimo dei garanti". Secondo la Cassazione l'inadempimento primigenio ai doveri di previsione dell'evento prevedibile vale a far risorgere obiettivamente il dovere d'intervento senza che, tuttavia, il garante cessato ne abbia concretamente ed attualmente il potere, in un corto circuito di quella corrispondenza tra potere e responsabilità nella quale risiede il più autentico fondamento personale della responsabilità omissiva.

### **Successione tra garanti e ripartizione delle responsabilità: verso una terza via?**

Invero, tra le due tesi esposte in tema di ripartizione delle responsabilità in caso di successione di garanti in attività inosservanti: quella dell'imputabilità al garante cessato di un esclusivo dovere di informazione (sia pur omnicomprensiva) e quella della perpetuazione del dovere d'intervento qualora l'evento successivamente verificatosi sia causalmente

riconducibile al pregresso inadempimento, non sarebbe inopportuno vagliare la possibilità di un percorso argomentativo parzialmente diverso e innanzi tutto fondato sulla valorizzazione della *summa divisio* proposta dallo stesso Gargani nel suo celebre saggio, vale a dire quella tra successione in contesti fisiologici e successioni nell'ambito di situazioni rese patologiche dalla permanenza, pur a seguito dell'integrale cessione del ruolo, di inosservanze penalmente rilevanti. La scansione dei poteri d'intervento tra cedente e cessionario proposta dall'A. appartiene, infatti, alla fisiologia della successione, dipendendo, come generalmente inteso, l'integrale liberazione del cedente dalla mancanza di residue inosservanze. Al contrario, quando il cedente abbia posto in essere violazioni della normativa in materia di sicurezza la perpetuazione della sua posizione di garanzia trova giustificazione in un diverso contesto *lato sensu* sanzionatorio che impedisce al dante causa di sottrarsi alle conseguenze dannose o pericolose della sua condotta, quand'anche abbia formalmente trasferito ad altri il ruolo.

In questi termini risulta confermato come il tema della ripartizione delle responsabilità in caso di successione di posizioni di garanzia in attività inosservanti necessiti di un ripensamento dei fondamenti della responsabilità omissiva, prim'ancora che di quella colposa, mettendo innanzi tutto in evidenza come la perpetuazione del dovere d'intervento al di là della cessazione formale della qualifica abbia un carattere eminentemente sanzionatorio dell'inosservanza: chi non adempie ai propri doveri di sicurezza non può unilateralmente e, per dir così, potestativamente esonerarsi dalla responsabilità per gli eventi dannosi che da quell'inosservanza derivino ma che si verifichino "sotto la vigenza" della posizione di garanzia del cessionario. Ma se così è non si tratta più di una posizione di garanzia in senso proprio, quanto di una reviviscenza, lo si ribadisce ai soli effetti dell'imputazione della responsabilità, di doveri non accompagnati da poteri. Sul contenuto di questi doveri, le due tesi contrapposte divergono macroscopicamente individuando Gargani l'oggetto del redivivo obbligo del "cedente patologico" nella piena e completa informazione del cessionario sulle inosservanze residue, laddove l'orientamento più rigoroso fa riferimento ad un vero e proprio risorto dovere d'impedimento.

Sarebbe, dunque, forse il caso di ripensare alle conseguenze "sistemiche" dell'affermazione, agli effetti dell'imputazione di una responsabilità penale a titolo di concorso con l'ultimo garante, di una posizione di garanzia in

funzione meramente incriminatrice, riportando la questione al momento della cessione ed alla plausibilità, rispettivamente, di configurare al minimo un mero dovere di informazione (pur completa ed esaustiva) nei confronti del cessionario ed al massimo un dovere di impedimento del tutto assimilabile a quello del garante attuale.

Peraltro, la completezza del bagaglio informativo fornito al cessionario sulle "caratteristiche dell'attività e dei risultati della propria gestione" giuridicamente rilevante a guisa di "modalità alternativa e differita (...) di adempimento del ("nuovo") obbligo giuridico di agire, consistente nella rimozione del rischio" pone almeno due ulteriori questioni. La prima è quella della compatibilità di un siffatto livello di consapevolezza con la permanenza del titolo soggettivo della responsabilità nell'alveo della responsabilità colposa o se, così descritti i rapporti tra cedente e cessionario in situazioni patologiche, non si tratti più autenticamente di responsabilità dolosa in ragione dell'attualità e della completezza della conoscenza dei rischi e delle inosservanze presenti al momento del trasferimento della posizione di garanzia. La seconda questione attiene, invece, alla compatibilità di un siffatto dovere di integrale informazione con quanto, in ambito diverso ma per molti aspetti affine a quello qui in esame, previsto dal TUSL in materia di doveri informativi del committente nei confronti dell'appaltatore, figura alla quale lo stesso Gargani fa riferimento al condivisibile fine di inserire la sua proposta nel più ampio sistema normativo in materia di sicurezza sul lavoro. In particolare, l'art. 26, comma 1, lett. b) TUSL impone al committente di fornire all'appaltatore *dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare*. Si tratta, forse, dell'obbligo che maggiormente contrassegna il particolare modo d'essere della disciplina della prevenzione antinfortunistica in caso di lavori in appalto, come dimostrato dalla circostanza che il contenuto di tale obbligo, al pari di quello di verificare l'idoneità tecnico-professionale, costituisce il risultato di un'elaborazione giurisprudenziale ultraquarantennale. Nella vigenza dell'art. 7, [D.Lgs. n. 626/1994](#), la giurisprudenza aveva affermato doversi escludere che l'obbligo dell'appaltatore di informare dei rischi specifici avesse come destinatari non solo l'appaltatore ma anche i singoli dipendenti del medesimo. Si affermava, infatti, come il compito di informare i lavoratori spettasse al loro rispettivo datore di lavoro con le modalità imposte dallo stesso [D.Lgs. n. 626/1994](#). Una tale affermazione mantiene la sua validità anche ai fini della disposizione di nuovo conio dal

momento che i primi due commi dell'art. 26 fanno espressamente riferimento ai rapporti tra *datori di lavoro* - committenti ed appaltatori - ed ai doveri reciproci di informazione e collaborazione. In particolare, il predetto obbligo informativo risulta espressamente previsto, analogamente a quanto già risultava dall'art. [4, comma 5, lett. e](#)), [D.Lgs. n. 626/94](#), dall'art. [18, comma 1, lett. c](#)), [D.Lgs. n. 81/2008](#) ove si stabilisce che "il datore di lavoro nell'affidare i compiti ai lavoratori deve tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute ed alla sicurezza". Costituisce altresì orientamento giurisprudenziale consolidato quello secondo il quale "stabilito che l'appaltante abbia assolto al proprio compito informativo, non può disconoscersi il diritto dell'appaltante di fare *affidamento*, ai fini del rispetto delle prescrizioni date, sul comportamento *diligente* dell'appaltatore<sup>(19)</sup>. La definizione del contenuto dell'obbligo passa, tuttavia, necessariamente attraverso l'interpretazione della nozione di "rischio specifico" il quale scolpisce i limiti dei doveri di informazione da parte del committente. La giurisprudenza mostra un atteggiamento piuttosto estensivo in ordine alla nozione di "rischio specifico" facendovi rientrare anche i rischi derivanti non direttamente dalla natura dei lavori oggetto del contratto di appalto, ma dalla concomitante presenza di ulteriori fonti di pericolo per la salute dei lavoratori, precisando altresì come tale debba intendersi quello accertabile soltanto sulla base di specifiche conoscenze tecniche settoriali<sup>(20)</sup>. Per di più, dall'esame della giurisprudenza di legittimità in materia pare, comunque, ravvisabile la tendenza ad ampliare i casi di responsabilità penale cumulativa tra committente ed appaltatore, in un'ottica spesso sovrapponibile a quella che presiede alla frequente affermazione di responsabilità concorsuale tra delegante e delegato<sup>(21)</sup>.

Se così è, il riferimento ai doveri informativi contenuto nel TUSL parrebbe avere ad oggetto esclusivamente rischi comunque non derivanti da inosservanze del committente, ponendosi, per seguire la ricordata *summa divisio* tra trasferimento fisiologico e patologico di posizioni di garanzia, il rispetto del dovere di rendere edotto il successore in una prospettiva ontologicamente fisiologica, risultando, al contrario, piuttosto arduo, per le ragioni precedentemente ricordate, che le comunicazioni del cedente la funzione possano, con effetti per lui liberatori, aver ad oggetto le sue pregresse inosservanze, vale a dire quando il contesto di riferimento sia patologico.

Vagliando, dunque, la possibilità, di definire le responsabilità penali per l'evento verificatosi dopo la successione ma causalmente connesso ad inosservanze del precedente titolare della posizione di garanzia e focalizzando l'attenzione sul momento della cessione del ruolo in presenza di situazioni patologiche parrebbe, forse, opportuno valutare l'opportunità di porre in capo ad entrambe le parti un *onere* legato alla rimozione degli effetti delle inosservanze prima di procedere, rispettivamente, alla cessione da parte del dante causa ed all'accettazione da parte del cedente, essendo entrambi rispettivamente tenuti a trasmettere e ricevere una situazione "sana" per evitare di incorrere nelle responsabilità che, in futuro, potrebbero essere loro imputate in ragione della concretizzazione differita dei rischi che il cedente abbia creato ed il cessionario non abbia rimosso. Si tratterebbe probabilmente di uno schema argomentativo idoneo a dar conto, per un verso, dell'inderogabilità dei doveri di sicurezza del dante causa e per altro verso dell'obbligo di impedimento di colui che accetti di succedere in un contesto ove permangano rischi, impedendo al primo di trincerarsi dietro la non attualità del dovere di impedimento ed al secondo di affermare la propria asserita estraneità alle inosservanze-cause dell'evento.

A fronte di tali considerazioni sulla difficoltà di elaborare criteri di ripartizione delle responsabilità in caso di successione di garanti in attività inosservanti, il principio che emerge dalla sentenza in esame rimane comunque quello dell'integrale disapplicazione del principio di affidamento in caso di cessione di posizioni di garanzia in contesti patologici, in una moltiplicazione diacronica delle *Garantenstellung* con i medesimi effetti della moltiplicazione sincronica ma senza la medesima distribuzione di poteri.

### **Considerazioni conclusive**

La sentenza in esame affronta alcuni dei fondamentali *tòpoi* della responsabilità plurioggettiva nel settore della sicurezza sul lavoro, mostrando speciale sensibilità per la distinzione tra profili oggettivi e soggettivi delle posizioni di garanzia. Sul piano della proiezione temporale dei doveri di impedimento, la sentenza si pone nel solco di una consolidata giurisprudenza di legittimità che ha disapplicato il principio di affidamento in presenza di una successione di garanti in attività inosservanti. Parrebbe, tuttavia, necessario operare su questa materia un ulteriore supplemento d'indagine posto che, così come l'affermazione di una posizione di garanzia

che resiste al tempo ed allo spazio sembra confliggere con i principi di materialità prim'ancora che di personalità della responsabilità penale, allo stesso modo ritenere che l'autore dell'originaria inosservanza possa integralmente e, per così dire, *potestativamente* liberarsi da qualunque addebito sol che adempia a doveri di integrale e completa informazione nei confronti del successore pone altri spunti di riflessione in ordine al tema del conflitto con la natura comunque inderogabile della responsabilità penale, all'elemento soggettivo del successore così argomentando per definizione pienamente consapevole delle inosservanze del suo dante causa e più in generale della compatibilità del predetto dovere informativo con la natura prevalentemente colposa della responsabilità in materia di lavoro. La successione di posizioni di garanzia in attività inosservanti rimane, dunque, un *work in progress* bisognoso di riflessioni ulteriori sulla configurabilità, forse sul piano della teoria generale del diritto prim'ancora che su quello penale, di doveri di impedimento affermati ai soli effetti dell'imputazione della responsabilità e cronologicamente "sfasati" rispetto all'effettiva titolarità di poteri d'intervento.

---

(1) Cfr. D. Micheletti, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. Giunta - D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 207 ss., B. Deidda, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in A. Cardone - S. Dovero - S. Merlini - L. Monticelli - G. Morgante - F. Mucciarelli - A. Scarcella a cura di B. Deidda - A. Gargani, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, 39 ss., D. Petrini, *Individuazione del datore di lavoro e delega di funzioni nelle società di capitali*, in G. Casaroli - F. Giunta - R. Guerrini - A. Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Napoli, 2015, 85, G. Ferraro, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in L. Montuschi, (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 110; R. Romei, *Il campo di applicazione del d. leg. n. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, ivi, 76; M. Martone, *Nozione di datore di lavoro*, in M.N. Bettini (a cura di), *Commentario alla sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 80; F. Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici del nuovo quadro legale*, in L. Galantino (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 67 s.; A. Tampieri, *L'applicabilità del [decreto](#)*

[legislativo n. 626/1994](#) alle pubbliche amministrazioni, in L.

Galantino, *La sicurezza*, cit., 135; M. Franco, La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d. leg. 19 settembre 1994 n. 626, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 261, ivi, 76; M. Martone, *Nozione di datore di lavoro*, in M. N. Bettini (a cura di), *Commentario alla sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 80; F. Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici del nuovo quadro legale*, in L. Galantino (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 67 s.; A.

Tampieri, *L'applicabilità del [decreto legislativo n. 626/1994](#) alle pubbliche amministrazioni*, in L. Galantino, *La sicurezza*, cit., 135; M. Franco, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d. leg. 19 settembre 1994 n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 261. Sulla nozione di datore di lavoro nelle Pubbliche amministrazioni In argomento v. L. Zoppoli, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. Montuschi, *op. cit.*, 94-95; G. Ferraro, *op. cit.*, 113; M. Martone, *Nozione di datore di lavoro*, in M. N. Bettini, *op. cit.*, 85). A tal proposito è interessante rilevare come la giurisprudenza di legittimità abbia frequentemente ripartito le responsabilità penali per violazione delle norme prevenzionistiche nel settore pubblico, distinguendo tra carenze strutturali, addebitabili ai vertici dell'ente, e deficienze derivanti dall'ordinario funzionamento delle strutture, addebitabili, secondo il principio di effettività delle funzioni, agli organi subordinati con precise competenze (Cass. Pen. 23 febbraio 1999, n. 2299, *Ig. sic. lav.* 99, 597, in cui si afferma che tale impostazione è in linea con le nuove disposizioni; cfr. Cass. Pen. 29 maggio 2000, *Ig. sic. lav.* 00, 545)

(2) Sui criteri d'individuazione del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse v. di recente Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, in [dejure.it](#).

(3) Sul tema della colpa nel diritto penale del lavoro e della sua eccentricità rispetto ai tradizionali canoni della sua costruzione ed interpretazione v. D. Castronuovo, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in [penalecontemporaneo.it](#). Sul punto, con ulteriore riflessione sulla distinzione tra colpa generica e specifica nel diritto penale del lavoro v. Cass. Pen., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 16620, in [www.dejure.it](#).

(4) In argomento v. N. Pisani, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, in *La tutela penale della sicurezza*, cit., 393 ss.

(5) Sulla definizione del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione in termini di "consulente del datore di lavoro" v. Cass., Sez. III, 6-21 maggio 2014, n. 20682 con osservazione di I. Scordamaglia, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione come consulente del datore di lavoro*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Sul fondamento "collaborativo" della disciplina delle posizioni di garanzia nel diritto penale del lavoro v. Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 24139, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

(6) Sulla definizione della figura e i relativi limiti di responsabilità v. B. Deidda, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in AA.VV., *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, cit., 53 ss.

(7) In argomento v. A. Culotta - M. Di Lecce - G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro. Profili teorici e pratici del sistema normativo vigente*, Milano, 1998, 67 ss. Più recentemente cfr. C. Bernasconi, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro. Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in F. Giunta - D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 78 ss.

(8) In un caso nel quale il capo di un ufficio giudiziario aveva rilevato e tempestivamente segnalato al Comune talune carenze antinfortunistiche, la Corte di Cassazione, infatti, ha stabilito che "responsabile potrà essere lo stesso sindaco, o l'assessore delegato al patrimonio immobiliare del Comune, o il direttore dell'ufficio tecnico dotato di poteri di decisione e di spesa". *Ex adverso*, tale non potrà essere considerato "in quanto tale il responsabile del servizio di prevenzione e protezione di cui all'art. 8, [D.Lgs. n. 626/1994](#), il quale, a norma dell'art. 9 dello stesso decreto, è utilizzato dal datore di lavoro per compiti di valutazione dei fattori di rischio, di individuazione delle misure prevenzionali, di informazione e formazione dei lavoratori". Decisiva in questo senso è stata, per l'appunto, considerata la circostanza che gli obblighi gravanti sul responsabile del servizio di prevenzione e protezione non siano penalmente sanzionati e che, anche a seguito della nomina di un responsabile per la prevenzione e la protezione, il datore di lavoro rimanga pur sempre obbligato a vigilare allo scopo di garantire la corretta osservanza del precetto penale dal momento che l'istituzione di un servizio di prevenzione e protezione si giustifica essenzialmente in ragione dell'esigenza di rafforzare il sistema delle garanzie a favore del lavoratore e non di liberare il datore di lavoro dal

dovere di adempiere ai precetti imposti dalla legge (Cass. 18 settembre 2001 e Cass. 12 luglio 2001, in *Ig. sic. lav.* 2002, 49).

(9) In questo senso Cass., Sez. IV, 23 aprile 2008, n. 25288, in *Foro it.*, 2008, II, 413, con nota di C. Brusco, Cass., Sez. IV, 19 giugno 2008, n. 40783, in *Ig. sic. lav.*, 2009, 40.

(10) A. Culotta - M. Di Lecce - G. Costagliola, *op. cit.*, 75 ss. In dottrina A. Amato, *Il responsabile e gli addetti del servizio di prevenzione e protezione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il testo unico*, cit., 230, G. Amato, *Ultimo garante resta sempre il datore di lavoro*, in *Guida dir.*, 2008, 20, XII.

(11) Cass. 1° giugno 2005, n. 20604, in *Ig. sic. lav.*, 2005, 466.

(12) Cass. 27 settembre 2005, n. 34408, in *Ig. sic. lav.*, 2005, 649.

(13) In argomento v. C. Brusco, *L'imputazione colposa in materia antinfortunistica nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *La tutela penale della sicurezza*, cit., 335 ss.

(14) Così T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1161.

(15) A. Gargani, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, 581 ss.

(16) A. Gargani, *Ubi culpa*, cit., 645.

(17) A. Gargani, *Ubi culpa*, cit., 647.

(18) Si tratta, in particolare, dell'orientamento giurisprudenziale ascrivibile a Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, 36 ss. Sul punto v. N.W. Palmieri, *Vajont, Stava, Agent Orange. Il costo di scelte irresponsabili*, Padova, 1997, 187 ss.

(19) Cass., Sez. III, 18 novembre 2008, n. 6884 confermata da Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2011, L. E. N., n. 1445 in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

(20) In un caso esaminato la Corte aveva escluso che tale potesse considerarsi il rischio connesso all'esecuzione di lavori in altezza, essendo questo riconoscibile da chiunque indipendentemente dalle conoscenze

possedute (Cass., Sez. IV, 20 marzo 2008, Giorgi, in *Ig. sic. lav.*, 5/2008, 313. Nello stesso senso v. Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2008, Marinelli, in *Ig. sic. lav.*, 3/2008, 167).

(21) Per un interessante caso in cui la Cassazione ha negato che la separazione dei ruoli potesse consentire l'esclusione della responsabilità v. Cass., Sez. IV, 20 aprile 2011, Di martino e altri.