

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA SUGLI APPALTI PUBBLICI. EFFETTI PREGIUDIZIEVOLI SULL'ERARIO DELLE AZIONI RISARCITORIE PER DANNO INGIUSTO E CONSEGUENTI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E FUNZIONARI PUBBLICI.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 204/2004, ha statuito che “l'art. 24 della Costituzione assicura agli interessi legittimi - la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare. ... Il potere riconosciuto al giudice amministrativo (art. 7, lett. c, della legge n. 205 del 2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998) di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. 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, 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.”.

Come ricordato nella sentenza della Cassazione n. 18511/2007, il pieno riconoscimento della risarcibilità del danno ingiusto per violazione degli interessi legittimi era avvenuto sulla base del principio di diritto, affermato con sentenza n. 500/1999 delle SS.UU., alla stregua dell'art. 2043 cod. civ., nel senso che “il diritto del privato al risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica prescinde dalla qualificazione formale della posizione di cui è titolare il soggetto danneggiato in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, dato che la tutela risarcitoria è fatta dipendere ed è garantita in funzione dell'ingiustizia del danno conseguente alla lesione di interessi giuridicamente riconosciuti”.

Peraltro, (sent. Cass. n. 2771/2007 e n. 21170/2011), la tecnica di accertamento della lesione varia secondo la natura dell'interesse legittimo nel senso che, se l'interesse è oppositivo, occorre accertare se l'illegittima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; mentre, se l'interesse è pretensivo - come quello vantato dal partecipante ad una gara di evidenza pubblica che aspira alla aggiudicazione - concretandosi la sua lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare per mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte onde stabilire se la medesima fosse titolare di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole. Quindi, l'illiceità del comportamento dell'amministrazione non è da solo decisivo per l'accoglimento della domanda di risarcimento, avendo la parte l'onere di provare che egli si trovava in una situazione soggettiva destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole della procedura, qualora questa si fosse svolta regolarmente. Solo tale condizione consente di istituire un nesso causale tra illegittimità dell'azione amministrativa e danno ingiusto.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza 5.3.96 n. C-46/93, ha affermato che “secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio della responsabilità dello Stato per

danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest'ultima è fondata. Da tale giurisprudenza deriva che detto obbligo si applica ad ogni ipotesi di violazione del diritto dell'Unione, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione. Così, la Corte ha dichiarato che ai singoli lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai singoli. L'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata implica una violazione grave e manifesta da parte dello Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale. Al riguardo, fra gli elementi da prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali. In ogni caso, una violazione del diritto dell'Unione è sufficientemente qualificata allorché essa è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia”.

La stessa Corte di giustizia, con sentenza del 30.9.2010 (proc. C-314/09), premesso che “l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci e, in particolare, quanto più rapide possibile contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici”, ha statuito che “la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata”.

Nell'articolo in data 16 novembre 2011, nel commentare la sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, n. 4624/2010 - secondo cui “il principio espresso dalla sentenza della Corte di giustizia 30.9.2010, circa l'irrelevanza della colpevolezza della riscontrata violazione di legge, non può che essere applicato anche in relazione agli appalti il cui importo si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria, pena una ingiustificabile disparità di trattamento; in verità, per la stessa necessità di garantire la parità di trattamento, nonché l'uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità, il principio non può che essere esteso anche ad ambiti diversi da quelli concernenti le procedure di affidamento di appalti nei vari settori” - lo scrivente ha rilevato che, mentre è condivisibile la tesi relativa alla necessaria estensione del principio affermato dalla Corte di giustizia anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per evitare una ingiustificata disparità di trattamento a fronte di situazioni analoghe, non sembra possa accogliersi l'estensione ulteriore alla generalità dei casi, dato che il regime della responsabilità a prescindere dall'accertamento della colpa si pone al di fuori dei principi fondanti della responsabilità nel diritto vigente, ove i casi di responsabilità oggettiva sono di natura eccezionale.

Detta tesi è stata accolta nella sentenza n. 5686/2012 del C.d.S. Sez. V, secondo cui “tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici” e nella sentenza n. 483/2012 del C.d.S., Sez. IV, secondo cui “il principio enunciato (dalla Corte di giustizia) deve restare circoscritto al settore degli appalti pubblici”.

La citata sentenza della Corte di giustizia del 30.9.2010 indica chiaramente che il risarcimento “per equivalente”, in difetto di esecuzione in forma specifica, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici, prescinde dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della P.A.

Ciò nonostante, come ricordato nell'articolo dello scrivente del 13 febbraio 2012, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza n. 483/2012, ha cercato di far "rientrare dalla finestra" un presupposto soggettivo definitivamente espunto dalla Corte di giustizia per l'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione nel risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme della Comunità europea sugli appalti, richiamando "la giurisprudenza, successiva alla nota sentenza della Cassazione n. 500/1999 sul regime probatorio della responsabilità, che ha inteso bilanciare la necessità di introdurre un "filtro", volto ad evitare un prevedibile numero eccessivo di azioni risarcitorie derivanti dalla configurazione della responsabilità della p.a. in ogni caso di illegittimità degli atti impugnati, con l'esigenza di attenuare l'onere della prova del danno a carico del ricorrente".

Malgrado il lodevole intento, che traspare dalla sentenza, di salvaguardare le pubbliche finanze dall'impatto estremamente gravoso derivante da condanne risarcitorie destinate ad aumentare in modo esponenziale, non si è ritenuto di poterla condividere, per un triplice ordine di motivi:

1) Il rilievo formulato in sentenza relativo ai "seri dubbi sulla compatibilità comunitaria dello stesso assetto generale della responsabilità aquiliana ricavabile dall'art. 2043 cod. civ.", non sembra di particolare rilevanza, considerata l'esigenza più volte manifestatasi nel passato di riesaminare la normativa interna per interi settori alla luce dei diversi e talvolta dirompenti principi innovatori introdotti, rispetto alla normativa interna, dalla normativa europea che, ad esempio, ha sempre ignorato, nella tutela delle posizioni giuridiche soggettive, la differenziazione fra diritti ed interessi legittimi.

2) Se è esatto quanto detto in sentenza secondo cui "una volta rispettati i parametri generali fissati dalla Corte europea, è sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei singoli casi", appare parimenti inconfutabile che tali parametri generali non siano affatto rispettati, se si accoglie la tesi del Consiglio di Stato.

3) La sentenza ritiene che possa tutt'ora ritenersi sussistente il requisito soggettivo, tenuto conto che la giurisprudenza interna che afferma la necessità della colpa (o del dolo) della p.a. "farebbe riferimento a parametri di natura oggettiva, in significativa convergenza con quanto deciso, per l'individuazione degli indici rivelatori del carattere "grave e manifesto" della violazione del diritto comunitario, dalla Corte di giustizia", ma detta tesi non sembra possa essere condivisa, pena un'inammissibile commistione fra requisiti oggettivi e soggettivi della responsabilità. Infatti, tale presunta concordanza non pare possa sussistere: un conto è affermare che, in presenza di determinati requisiti oggettivi sussista in ogni caso la responsabilità per l'evento dannoso ed altro conto è verificare, sia pure in parte sulla base di analoghi requisiti, se possa configurarsi o meno la soggettiva colpevolezza, dopo aver considerato tutte le circostanze presenti nel caso di specie.

Tale sentenza è rimasta minoritaria; sia i T.A.R. che il Consiglio di Stato hanno generalmente ritenuto che debba darsi piena esecuzione al principio di diritto espresso dalla Corte europea che non ammette che il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione.

Nel senso indicato si sono espressi: T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 4552/2010 e n. 1675/2012 T.A.R. Campania, n. 1069/2010, T.A.R. Sicilia, Catania, n. 4624/2010, T.A.R. Lazio n. 8171/2012, TAR Sardegna n. 778/2012, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4355/2011, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1193/2011, n. 6919/2011, n. 5527/2011, n. 2256/2012, n. 2518/2012, n. 4438/2012, n. 5686/2012.

D'altra parte, anche il codice del processo amm.vo (d.l.vo n. 104/2010, entrato in vigore il 16.9.2010), all'art. 1: "Effettività", statuisce che "la giurisdizione amm.va assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Di conseguenza l'art. 30: "Azione di condanna", comma 2, secondo cui "può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa", va interpretato in linea con quanto deciso dalla Corte di giustizia con la citata sentenza del 30.9.2010.

Anche per un altro verso, la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo induce ad aderire al principio affermato dalla Corte di giustizia, indipendentemente dal carattere vincolante della statuizione del giudice europeo.

In particolare l'art. 124 "Tutela in forma specifica e per equivalente", al comma 1 stabilisce: "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121 ("Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni"), comma 1, e 122 ("Inefficacia del contratto negli altri casi"). Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

Da tale disposizione emerge che il risarcimento per equivalente è un "surrogato residuale" qualora non possa conseguirsi il bene della vita costituito dall'aggiudicazione. Sul punto il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza n. 4298/2012, tenuto conto, nella fattispecie, dell'avanzata fase di esecuzione del contratto, visto l'art. 122 c.p.a., non ha ritenuto di poter dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto e quindi ha accordato, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., la tutela per equivalente osservando, a tale proposito, che, "ai fini del risarcimento, non è necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo là dove, come nella specie, il risarcimento funge da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica: si può dunque prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante".

Parimenti, il C.d.s. Sez. V, con sentenza n. 5686/2012, ha osservato che l'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo, l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo.

Di particolare rilievo, in tale sentenza, è l'acuta osservazione che "non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno, come fattore oggettivamente esistente, che deve legittimare il risarcimento; ciò porta a ritenere che ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro".

Occorre peraltro precisare che, anche se non vi è più alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito commesso da un'amministrazione aggiudicatrice in una procedura di affidamento, "ciò non significa prescindere del tutto da un accertamento, anche *in subiecta materia*, della rimproverabilità del comportamento dell'amministrazione. Tuttavia detto accertamento deve essere apprezzato sulla scorta del parametro oggettivo, enucleato in sede europea al fine di stabilire la responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, del carattere di gravità ed evidenza

dell'illegittimità, implicante un'indagine sul grado di chiarezza e precisione delle norme violate" (C.d.S. Sez. IV, sent. n. 482/2012, Sez. V sent. n. 2256/2012).

Oltre all'accertamento della "rimproverabilità del comportamento dell'amministrazione", è previsto un accertamento del comportamento del ricorrente, al fine di stabilire se sussistano i presupposti previsti dall'art. 1227 c.c., relativo al concorso del fatto colposo del creditore nella produzione del danno. In particolare, ai sensi dell'art. 124, II comma, del c.p.a., "la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1 (domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto), o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

Riguardo alla determinazione del danno, bisogna tener conto delle seguenti voci:

1) Perdita di *chance*.

Coma precisato nella, da ultimo citata, sent. C.d.S. Sez. V n. 2256/2012, la risarcibilità della *chance*, la quale consiste nella ragionevole probabilità, già presente nel patrimonio del danneggiato, di conseguire un risultato economico utile, non è subordinata alla produzione di una prova certa, essendo sufficiente che gli elementi addotti in giudizio, in virtù dell'inderogabile principio contenuto nell'art. 2697 c.c., consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilità di vantaggi futuri, invece impediti a causa della condotta illecita altrui. La *chance* costituisce infatti lo strumento concettuale grazie al quale sono ammessi alla tutela risarcitoria aspettative di incremento patrimoniale, proiettate nel futuro, attraverso una attualizzazione della relativa possibilità di conseguirli. Tipica ipotesi nella quale è invocata la perdita di *chance* è quella di conseguire l'aggiudicazione di un appalto, ed è caratterizzata dall'elemento prognostico-probabilistico, in quanto legato agli esiti non conoscibili di una ipotetica procedura di affidamento.

Nella quantificazione del danno, occorre tener conto del lucro cessante e del danno emergente.

Va sottolineato che, dopo un indirizzo giurisprudenziale che indicava il criterio di liquidazione forfettario del lucro cessante nella misura del 10 % del valore del contratto, ricollegandosi all'art. 345 della legge n. 2248 del 1865, All. F, è subentrato un nuovo indirizzo che richiede un preciso onere per l'impresa di dimostrazione rigorosa della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, sulla base di quanto stabilito nell'art. 124 c.p.a., il quale subordina testualmente il risarcimento del danno per equivalente alla condizione che questo sia stato "*provato*" (C.d.S. Sez. V sent. n. 2518/2012; Sez. III sent. n. 6444/2012).

In particolare, considerata la possibilità per l'impresa di utilizzare in un altro cantiere le maestranze ed i mezzi, predisposti in vista dell'aggiudicazione, sarà a carico dell'impresa provare l'impossibilità della eventuale riutilizzazione di tali fattori: in difetto, questi si vedrà decurtare il compenso, anche in applicazione del principio contenuto nell'art. 1227, II comma, c.c., secondo cui il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno.

2) Danno curricolare.

Come puntualizzato dal C.d.S. Sez. V nella citata sent. n. 2518/2012, l'esistenza di tale componente di danno non richiede uno specifico supporto probatorio potendosi ritenere *in re ipsa*, in una certa contenuta misura, in quanto insita nel fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in controversia nell'ambito di futuri procedimenti simili cui la stessa ricorrente potrebbe partecipare.

3) Rimborso spese di partecipazione alla gara.

La Cassazione, con sentenza 22370/2007, ha statuito che il giudice di merito debba “valutare se i costi di partecipazione alla gara costituiscano danno emergente o debbano ritenersi coperti dalla reintegrazione dell'utile che la ricorrente avrebbe potuto conseguire in base ad un calcolo di rilevante probabilità”. Il C.d.S., Sez. VI, con sentenza n. 2751/2008, ha precisato che “i costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione. Il C.d.S., Sez. V, con sentenza n. 3966/2012, premesso che nelle pubbliche gare di appalto all'aggiudicatario non viene riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, ha osservato che nella somma liquidata a titolo di ristoro dell'utile di impresa perduto, è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara stessa.

Da ultimo, occorre meditare sulle conseguenze a carico del pubblico erario derivanti da una situazione, nel settore delle pubbliche gare, caratterizzata da una indescrivibile quantità di abusi, per lo più indice di pratiche corruttive, nella connivenza della criminalità, anche organizzata, con una parte di pubblici amministratori e funzionari. In particolare:

A) Sono noti gli effetti disastrosi dell'imperante corruzione sull'immagine dell'Italia in campo internazionale, classificata in una posizione estremamente bassa nella graduatoria dei paesi “virtuosi”.

B) La sfiducia nella correttezza delle gare scoraggia gli imprenditori esteri dall'investire in Italia.

C) Le tangenti versate da imprenditori corruttori ad amministratori e funzionari corrotti si riverberano immediatamente sui costi degli appalti, incrementandoli a dismisura.

D) Al danno derivante dai costi “gonfiati” si aggiunge quello rappresentato dai risarcimenti, in prospettiva sempre più consistenti, a seguito della eliminazione del “filtro” costituito dalla prova della colpevolezza della p.a., a favore delle imprese indebitamente escluse, spesso (*rectius*, il più delle volte) per meri favoritismi.

E) L'effetto pregiudizievole per il pubblico erario assume caratteristiche sempre più nocive, nella situazione attuale di economia recessiva, nei confronti della generalità dei cittadini, sui quali in ultima analisi viene a gravare l'onere della *mala gestio*, in quanto l'indebito incremento dei costi si riverbera sulla spesa pubblica colpendo in particolare la spesa per diritti incompressibili, costituzionalmente garantiti, come il diritto alla salute.

In tale situazione, occorre operare con le massime energia e urgenza per contrastare efficacemente uno stato di degrado non più tollerato dalla generalità dei cittadini, con il gravissimo rischio di un rifiuto generalizzato nei confronti delle pubbliche istituzioni:

1) In primo luogo, è assolutamente necessario rafforzare l'operatività delle Procure. Limitando l'esame alle Procure contabili, la cui situazione è ben nota allo scrivente per una lunghissima esperienza diretta nelle funzioni requirenti e giudicanti, vistosissime carenze di uomini e mezzi ne pregiudicano il corretto funzionamento, con l'aggravante di una normativa che rende arduo il reclutamento di nuovi magistrati ed impiegati della Corte, in sostituzione di quelli collocati in quiescenza, con la conseguenza che l'organico di fatto è caratterizzato da vuoti incredibili. Il dichiarato intento di conseguire economie per questa via, non solo è insostenibile in quanto viene a colpire esigenze di giustizia, fondamentali in uno stato di diritto, ma è anche controproducente, in quanto l'effetto deterrente e sanzionatorio derivante da una efficace azione delle Procure, vero motore pulsante che dà vita ai processi contabili, potrebbe contrastare efficacemente l'imperante *mala gestio*, nella specie, nel campo delle gare pubbliche, con risparmi rilevantissimi per le finanze pubbliche.

2) Inoltre, si impone una radicale rivisitazione degli attuali criteri sia sul piano della prevenzione, attraverso il ripristino di seri controlli, sia sul piano della repressione, con severe condanne a carico dei responsabili.

Per quanto riguarda la responsabilità amministrativa, si rammenta che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 639/1996 "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave" e la Corte costituzionale, con sentenza n. 371/1998, ha ritenuto tale limitazione conforme ai principi costituzionali, tenuto conto che "la disposizione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo".

Nella descritta situazione di estremo pericolo per l'integrità economico-finanziaria della nazione, l'argomentazione della Consulta sembra ancor più inaccettabile, tenuto conto che non si giustifica affatto un trattamento peggiore solo per la pubblica amministrazione, che vede così limitato il diritto al risarcimento del danno conseguente agli abusi dei pubblici amministratori e funzionari, in deroga al regime privatistico che prevede in via generale la responsabilità per colpa lieve, quasi che le pubbliche finanze, i cui dissesti vengono a gravare sulla intera collettività, meritassero una tutela di rango inferiore. Tanto meno si comprende su quali basi possa affermarsi che i dipendenti in generale e quelli privati in particolare subiscano un "disincentivo" nella propria attività dalla previsione della responsabilità per colpa lieve.

Comunque, permanendo la non divisibile limitazione della responsabilità per i pubblici amministratori e funzionari, si impone, quanto meno, una rivisitazione della giurisprudenza della Corte dei conti sui criteri per individuare le violazioni dei doveri d'ufficio connotate da colpa grave.

Attualmente la responsabilità per colpa grave dei funzionari pubblici viene ancorata a parametri che ricordano la "cruna dell'ago": come ricordato nella sentenza n. 630/2011 della Sez. III d'appello e nella giurisprudenza ivi citata, si richiede la "inescusabile negligenza", o "l'assenza di un minimo di diligenza", o la "inammissibile trascuratezza", con la piena consapevolezza della "prevedibilità delle conseguenze dannose".

Tornando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, questa, nelle sentenze 24.11.2011 n. C-379/10 e 5.3.96 n. C-46/93, ha individuato la colpa grave nella violazione grave e manifesta del diritto vigente, che si verifica, in particolare, per il grado di chiarezza e di precisione della norma violata o per l'inosservanza manifesta della giurisprudenza della Corte in materia.

Tali principi potrebbero ricevere puntuale applicazione nella giurisprudenza contabile. Infatti, una volta accertata la “violazione manifesta del diritto vigente”, produttrice di danno erariale, di assoluta prevedibilità e di grande consistenza nel settore delle pubbliche gare, non dovrebbero avere spazio sofismi di sorta volti ad escludere la responsabilità dei soggetti cui è imputabile tale violazione,

Va anche ricordato l’insegnamento della Cassazione nella sentenza n. 4587/2009, riguardante pubblici dipendenti, secondo cui “la limitazione della responsabilità ... alle ipotesi di (dolo o) colpa grave non significa che l'ordinamento tolleri un comportamento lassista ... giacché si ha colpa grave anche quando l'agente, pur essendone obbligato iure, non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito”.

Roma 21 dicembre 2012

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)