

## A proposito del libro di F. Palmieri, S. Sfrecola e P.M. Zerman

### “La responsabilità della P.A. e del pubblico dipendente” \*

1. Tutto il libro ruota attorno ad un istituto fondamentale del diritto: la responsabilità.

Mi permetterei di dire – associando ad una esperienza personale gli altri (o quasi tutti gli altri) partecipanti a questa tavola rotonda – che, *ratione aetatis*, tutti gli astanti attorno a questo tavolo hanno preso parte ad una significativa evoluzione dell’ordinamento giuridico (o, per meglio dire, del diritto, inteso come complesso di situazioni giuridiche soggettive) allorché, al centro del sistema, si sostituì l’istituto della proprietà – sul cui paradigma era conformata la stessa figura del diritto soggettivo – con l’istituto, appunto, *della responsabilità* che si configurò quale sistema di chiusura e di protezione delle situazioni giuridiche valutate dall’ordinamento.

Il cambiamento fu visto – come si ricorderà – quale il manifestarsi dello sviluppo della società che transitava da una società agricola ad una società industriale.

Sta di fatto che l’istituto della responsabilità – e la norma che ne conteneva la disciplina giuridica più generale (l’art. 2043 c.c.) – assunse, dalla metà degli anni ’60 del secolo scorso, una portata ed una valenza prima non conosciute e la clausola generale dell’ingiustizia del danno di cui al citato art. 2043, si riempì di contenuti nuovi, dimostrando la duttilità della norma, sino a comprendere, alla fine

\* Intervento all’Incontro di studio “La responsabilità della P.A. e del pubblico dipendente” Roma 25 febbraio 2010 presso l’Avvocatura Generale dello Stato

del secolo scorso (Cass. n. 500/1999), la peculiare, complessa e delicata figura dell'interesse legittimo: situazione nella quale la protezione dell'interesse del privato s'interseca con quello dell'interesse pubblico.

Ed anche nel diritto amministrativo l'istituto della responsabilità, a partire dalla metà degli anni '60, assume una portata ed una valenza nuove.

Anzitutto, come responsabilità della P.A. che perdeva (ad iniziare dalle sentenze dei primi anni '70) un suo regime di privilegio ed era chiamata a rispondere, al pari di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Veniva così meno il regime derogatorio derivante dalla complessità dell'imputazione del fatto all'Amministrazione specie a seguito della peculiarità del rapporto organico dei soggetti che organizzano quest'ultima, e, soprattutto, veniva meno lo schermo delle procedure contabili che sovrintendono al formarsi della sua volontà e della sua opponibilità ai terzi che, con essa, vengono in contatto.

Ed anche la responsabilità dei funzionari assumeva forme nuove e s'inverava nell'effettività dell'ordinamento, la disposizione costituzionale dell'art. 28 Cost. ("i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti – In tali casi la responsabilità si estende allo Stato e agli enti pubblici").

Da qui alcuni capitoli, nell'interessante libro che presentiamo su singoli funzionari (gli insegnanti, i medici) e le trattazioni più generali sulle tre forme di responsabilità – civile, penale, amministrativa-contabile – che avvolgono il sistema, lo conformano e rendono effettivi i valori fondanti del settore.

**2.** Ma, a questo punto, un'ulteriore notazione di carattere generale occorre formulare, seppure nei ristretti limiti di quest'intervento.

La responsabilità, nella sua configurazione, non si pone soltanto come complesso di norme di protezione e di chiusura dei valori e delle situazioni che l'ordinamento intende, appunto, proteggere, ma, altresì, come strumento per conseguire interessi e valori, che l'ordinamento intende perseguire e favorire.

In una tale ottica si pongono, ad esempio, le ipotesi di ammissibilità del risarcimento nella lesione *di un interesse pretensivo*, sempre che vi sia un giudizio prognostico favorevole, ovvero le ipotesi di risarcibilità degli *interessi collettivi* a seguito della legge 23 luglio 2009, n. 19 e l'azione di *classe* prevista dalla legge 4 marzo 2009, n. 15.

Ed anche di queste fattispecie vi è puntuale trattazione in questo libro ampio, complesso ed articolato, ma preciso e chiaro, per i puntuali ed aggiornatissimi riferimenti giurisprudenziali nei quali ogni trattazione, in sostanza, si conclude e per gli schemi, veramente utili e preziosi, che *illustrano* – è il caso di dirlo – la materia.

**3.** Fatta questa premessa, ci si dovrebbe occupare delle parti del libro che interessano la materia in ragione dell'Ufficio che attualmente ho l'onore di ricoprire.

In tal modo, del libro, vengono in rilievo in via più immediata:

- il paragrafo *sulla responsabilità da esecuzione di opere pubbliche* (pag. 19)
- ed il capitolo 3, sulla responsabilità da contratto.

Nel primo paragrafo, in verità, l'argomento viene in rilievo solo per l'oggetto materiale al quale esso afferisce – un'opera pubblica.

Anche se nel paragrafo è riportato un caso molto interessante (illuminazione di una strada da parte dell'Anas; danno da inquinamento luminoso; necessità di adottare misure idonee ad evitare il danno: *non* basta la congruità dell'opera al fine)

La congruità dell'opera al fine, si dice in questo caso, non basta, da sola, ad escludere il danno, il che ha non lieve conseguenza al fine della progettazione e della realizzazione delle opere, in generale.

Il capitolo 3, invece, tratta de "La responsabilità del contratto".

Ma, a dire il vero, in questo capitolo, non si tratta solo della responsabilità, ovvero, *rectius*, delle responsabilità derivanti dai contratti delle pubbliche amministrazioni, ma è presa in considerazione tutta la materia dei contratti pubblici secondo il suo svolgersi alla stregua del d.lgvo n. 163 del 2005 (il cd. Codice dei contratti pubblici).

Anzi, la trattazione prende le mosse dalla legge della contabilità di Stato nella sua cadenza procedimentale, dalla *delibera a contrarre*, alla *scelta del contraente* attraverso le procedure dell'asta pubblica, della licitazione privata, dell'appalto concorso, della trattativa privata, *all'aggiudicazione, alla stipulazione del contratto, all'approvazione*, per occuparsi della procedura secondo la nuova (ma non tanto nuova) procedura disciplinata dal d.lgs. 12 aprile 2005, n. 163.

Di questa disciplina, della quale occorre richiamare le novità del dialogo competitivo come nuova forma di scelta del contraente e della scissione dell'aggiudicazione nei due momenti dell'aggiudicazione provvisoria e dell'aggiudicazione definitiva, nel cui spazio temporale si collocano le verifiche operative degli appositi organi.

E ciò sino a giungere alla *stipula del contratto* entro il termine di 60 giorni, nel corso dei quali l'amministrazione può esercitare il suo potere di autotutela.

Orbene, nel corso di questa procedura, nel libro, con molta perspicacia, sono enucleate, anche alla stregua della giurisprudenza, tre forme di responsabilità: la responsabilità extracontrattuale della PA per la fase precedente l'aggiudicazione; la responsabilità precontrattuale o *culpa in contrahendo* per la fase che va

dall'aggiudicazione alla stipulazione; la responsabilità contrattuale per la fase che va dalla stipulazione all'esecuzione.

Trattasi di tre forme di responsabilità derivanti dal diverso atteggiarsi dei rapporti tra la PA ed i privati (la PA come autorità che si determina ad un contratto, che bandisce una gara ecc.; la PA che contratta con i privati; la PA, parte del contratto) e che evidenziano, comunque, i rapporti tra la PA e i privati contraenti.

È questo un campo, nel quale vengono in rilievo i problemi della giurisdizione (giurisdizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario, a secondo della stipulazione o meno del contratto) e delle forme e modalità di risarcimento.

Ed è questo un aspetto molto rilevante del settore degli appalti nel quale viene in rilievo, ancora prima dell'istituto della responsabilità, il problema del contenzioso e sul quale l'Autorità richiama sovente l'attenzione.

Tutto il settore degli appalti sembra infatti aggravato da due grandi mali come sovente si è avuto modo di dire: una iper-regolamentazione a monte, una invasività giudiziaria a valle.

Quest'ultima finisce per conformare di molto la materia se non il modo stesso di essere delle imprese del settore.

Di ciò ovviamente, nel libro, non si tratta, facendosi invece in esso ampio riferimento ai problemi della giurisdizione e ai problemi del risarcimento anche a seguito dell'aggiudicazione e della relativa questione sul riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Trattasi, comunque, sempre di rapporti tra la pubblica amministrazione e le parti, in genere imprese, che sono, appunto, con la prima, le protagoniste del settore.

L'istituto della responsabilità viene sostanzialmente qui in rilievo per la protezione, anzitutto, degli interessi delle parti private.

Nel senso che, se queste non azionano il relativo giudizio, interessi di carattere più generale quali quelli della trasparenza e concorrenza, corretta gestione delle pubbliche risorse, non trovano principale e diretta protezione nel giudizio.

Affinché questi beni trovino una loro diretta e principale protezione è necessario azionare, invece, altri giudizi, far valere le altre forme di responsabilità di cui vi è ampia trattazione nell'ultima parte del libro, anche se con l'ordine, che in verità, non ci trova del tutto concordi.

**4.** Gli ultimi capitoli del libro, infatti, sono dedicati alla responsabilità penale e alla responsabilità amministrativo-contabile: sarebbe stato forse preferibile invertire l'ordine della trattazione e lasciare da ultima, all'estrema thule del giudice penale, la chiusura del sistema.

La responsabilità amministrativo-contabile protegge, infatti, gli anzidetti beni della trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa e della concorrenza, secondo talune ultime pronunce giurisprudenziali.

La vicenda della responsabilità amministrativo-contabile è una delle vicende più interessanti del nostro ordinamento, se non ci fa velo la nostra qualità professionale.

Posta in essere per i singoli episodi e con pronunce non frequenti e per i casi neppure tanto rilevanti, la responsabilità amministrativa alla fine degli anni '40 del secolo scorso (è da ricordare la sentenza della Sez. II della Corte dei Conti del 1949) fu inquadrata come responsabilità civile venendo così a sanzionare le ipotesi di danno essenzialmente patrimoniale subita da una pubblica amministrazione.

L'inquadramento nella fattispecie civilistica diede a questa forma di responsabilità, come si è detto prima episodica e dagli incerti confini, la dignità di una costruzione giuridica consolidata che fece compiere alla stessa giurisdizione e giurisprudenza della Corte dei Conti un salto di qualità.

Un salto di qualità che, peraltro, in prosieguo si dimostrò essere soltanto un primo passo verso l'estensione di queste forme di protezione di valori fondamentali per il corretto agire della pubblica amministrazione, della corretta gestione delle sue riforme.

La giurisprudenza successiva della Corte dei Conti, infatti, avallata se non talvolta incoraggiata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ha esteso sia l'ambito soggettivo al quale si applica questa forma di responsabilità, sino ad includervi soggetti che, comunque, organizzino la pubblica amministrazione ovvero comunque gestiscano pubbliche risorse, sia ampliando l'ambito del "danno ingiusto" facendo in esso confluire ogni interesse che, per la pubblica amministrazione, possa essere degno di tutela attuando talvolta lo stesso rapporto con la patrimonialità del danno.

Per di più, l'impostazione sanzionatoria di questa responsabilità amministrativa-contabile sempre presente, in verità, anche in passato talvolta a livello carsico, nella giurisprudenza della Corte, vieppiù conforma di sé, nella sostanza, l'applicazione di essa venendo così ad evidenziare un'esigenza di tutela che prescinde da più limpide e garantiste costruzioni concettuali, quali presenti nella configurazione civilistica della responsabilità sia essa di natura contrattuale che di natura extracontrattuale.

Vi è, cioè, sostanzialmente, come rilevato anche dalle prime sentenze della Suprema Corte dei primi anni di questo 2000, un'esigenza di tutela delle finanze

pubbliche e della loro corretta gestione al di là delle figure giuridiche che essa assume.

E ciò vale soprattutto per la materia degli appalti: per le ingenti somme di pubblico denaro che in essi vengono investite; per i comportamenti corruttivi e concussivi che possono essere posti in essere, essa sollecita sempre l'attenzione di chi ha a cuore il bene pubblico e il suo corretto perseguimento nonché l'oculato impiego delle notevoli risorse che ad essi si destinano.

**5.** E qui il discorso diviene attuale perché esso non può concludersi, come pure il sistema vorrebbe, con un rinvio alla responsabilità penale.

La responsabilità penale, la quale, pur essa, con la riforma del '90 dei reati contro la pubblica amministrazione e ancor prima con la riflessione teorica degli anni '70 (ricordo Bricola, Severino, Triola, etc.: si riempiono allora di contenuti costituzionali, specie con riferimento all'art. 97 della Costituzione, le fattispecie penalistiche scritte non proprio con questi intenti) ha subito notevoli cambiamenti nella seconda metà del secolo scorso.

Essa, però, da sola, non risolve, di per sé i problemi, specie se strutturali, dovendosi invece avere riguardo appunto a riforme di struttura e di procedure (es. informatiche).

In tale modo, a questo punto, nella sua estrema espressione, l'istituto della responsabilità mostra i suoi limiti, nonostante i tanti servigi resi alla materia e all'ordinamento in genere: con la consapevolezza dei limiti dell'istituto della responsabilità, l'operatore si accorge – così come avvertiva un famoso giurista (Irti) a proposito dei rimedi giuridici in generale – di quale limitata strumentazione egli dispone per risolvere taluni problemi reali.

La responsabilità penale offre cioè rimedi ma non costruisce il nuovo, come invece può accadere con talune forme di responsabilità civile delle quali innanzi si è detto.

Allorché, invece, occorre prevedere nuovi meccanismi di tutela, specie nella materia degli appalti, occorre pensare a riforme amministrative, e non già a rimedi sanzionatori, come aggravii di responsabilità o addirittura inasprimenti di pene, o, comunque, rimedi semplicemente afflittivi.

Occorre, cioè, pensare a riforme amministrative ed ancora prima a semplificazioni legislative e regolamentari, e, quindi, a riforme di strutture (es. concentrazioni di stazioni appaltanti); a riforme di ordinamenti professionali (pubblico impiego, libere professioni) sempre più improntate a rigore e qualità; allo stesso migliore modo di essere delle imprese e degli altri soggetti impegnati nel settore, da rendere maggiormente caratterizzabili per qualità morali, professionali, tecniche.