

19 FEBBRAIO 2020

La responsabilità civile della p.a. per il
fatto penalmente illecito commesso da
un proprio dipendente alla luce delle
Sezioni Unite n. 13246/2019

di Elisabetta Romani

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
Università degli Studi di Milano

La responsabilità civile della p.a. per il fatto penalmente illecito commesso da un proprio dipendente alla luce delle Sezioni Unite n. 13246/2019*

di Elisabetta Romani

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Con la recente pronuncia n. 13246/2019, le Sezioni Unite hanno innovato il sistema previgente della responsabilità civile della p.a., introducendo un regime di responsabilità a doppio binario, in cui coesistono due diverse forme di responsabilità a seconda del carattere della finalità perseguita dal dipendente pubblico nella commissione dell'illecito. Si avrà, infatti, la responsabilità diretta della p.a. ex art. 2043 c.c. laddove sussista un interesse istituzionale e, quindi, il rapporto di immedesimazione organica; al contrario, ogni qual volta l'autore dell'illecito sia mosso soltanto da un interesse strettamente personale ed egoistico, la p.a. sarà chiamata a rispondere a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c.. Dopo aver ricostruito i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono espressi in tema di responsabilità civile della p.a., il lavoro si propone di verificare se la ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite sia condivisibile o se, piuttosto, sarebbe preferibile introdurre alcuni correttivi che tengano conto delle peculiarità della persona giuridica pubblica e dell'esigenza di tutelare le finanze pubbliche.

Abstract [En]: With its recent ruling no. 13246 of 2019, the Joined Divisions of the Court of Cassation have superseded the traditional regulation of civil liability of public administration by introducing a twin-track approach, where two different liability regimes co-exist depending on the specific aim pursued by the public servant. In particular, the public administration is directly responsible, pursuant to article no. 2043 of the Civil Code, when there is a public interest and, hence, a relationship of identification between the public servant and the public administration; instead, whenever the public servant intends to satisfy a private interest, the public administration will be indirectly responsible pursuant to article no. 2049 of the Civil Code. After describing the relevant literature and the different jurisprudential guide-lines on the topic, the paper aims to assess whether the approach adopted by the Joined Divisions is an agreeable solution, or if rather it would be preferable to introduce appropriate amendments in respect of the specific characteristics of public administration and of the protection of public finances.

Sommario: **1.** La responsabilità civile della p.a. e l'art. 28 Cost. **2.** Il carattere istituzionale o personale del fine perseguito dal funzionario. Gli opposti orientamenti che si sono formati in giurisprudenza. **3.** La recente posizione assunta dalle Sezioni Unite. **4.** Considerazioni critiche: dalla visione vittimologica alla tutela delle finanze pubbliche. **5.** Riflessioni conclusive.

1. La responsabilità civile della p.a. e l'art. 28 Cost.

La responsabilità civile della p.a. è un tema che è stato affrontato direttamente dall'Assemblea Costituente, che ha dedicato allo stesso una specifica previsione costituzionale, l'art. 28 Cost., a mente del quale “I

* Articolo sottoposto a referaggio.

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 di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Come sottolineato dai commentatori¹ che nel tempo si sono occupati della tematica in esame, la suddetta disposizione non brilla per chiarezza, tanto che sin dalla sua entrata in vigore sono stati sollevati diversi dubbi interpretativi. In particolare, la dottrina ha evidenziato l’oscurità del dettato normativo in merito alla portata del rinvio alle leggi ordinarie adottate nei diversi settori dell’ordinamento (penale, civile e amministrativo) e, quindi, al carattere precettivo ovvero programmatico dell’art. 28 Cost.; all’accezione da riconoscere alla locuzione “*violazione di diritti*”, ossia se la stessa debba riferirsi soltanto ai diritti soggettivi ovvero anche alle altre situazioni giuridiche soggettive (es. interessi legittimi), e da ultimo alla natura solidale o sussidiaria della responsabilità della p.a. rispetto alla responsabilità in cui incorre il singolo dipendente, resa ambigua a seguito della scelta dei Costituenti di introdurre l’espressione “*si estende allo Stato*”.

Il carattere innovativo dell’art. 28 Cost. si deve rinvenire nella considerazione che del fatto illecito commesso da un funzionario o da un dipendente della p.a., prima della sua entrata in vigore, rispondeva di regola soltanto quest’ultima², così ingenerando delle vere e proprie forme di deresponsabilizzazione. A questa immunità di cui godevano i pubblici funzionari facevano eccezione soltanto alcune ipotesi tassativamente previste, in cui il legislatore aveva espressamente configurato la responsabilità personale dei pubblici funzionari per gli illeciti commessi nello svolgimento delle proprie funzioni³.

Pertanto, proprio al fine di responsabilizzare i pubblici funzionari, l’Assemblea Costituente decise di generalizzare le suddette deroghe e di dedicare una specifica disposizione costituzionale alla responsabilità penale, civile e amministrativa dei funzionari, prevedendo espressamente che anche per questi ultimi dovessero trovare applicazione le leggi in materia di responsabilità e, di conseguenza, che gli stessi

¹ Tra i tanti si ricordano C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 2/1951, p. 324; F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l’art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1986, p. 41, ora in F. MERUSI – M. CLARICH, *Commento all’art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 370; F. STADERINI - A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998, p. 1. Per un’analisi particolarmente critica della formulazione dell’art. 28 Cost, si veda F. MERUSI, *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti della P.A.*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, secondo cui “*La storia dell’art. 28 della Cost. è la storia di come un’idea sbagliata possa generare delle situazioni aberranti e contrarie alla razionalità e al buon senso*”.

² Come osserva L. DELPINO, *Responsabilità della P.A. e responsabilità dei giudici alla luce dell’art. 28 Cost.*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, 1992, 3, p. 200, prima dell’entrata in vigore della Costituzione nel 1948 la responsabilità del dipendente pubblico si riteneva assorbita da quella diretta della p.a., pur riconoscendosi a quest’ultima la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del soggetto agente per ottenere quanto corrisposto a titolo di risarcimento del danno.

³ Alcune ipotesi eccezionali di responsabilità personale erano previste anche prima dell’entrata in vigore della Costituzione e si rivolgevano a determinate categorie di pubblici funzionari, quali i magistrati, i cancellieri, gli ufficiali giudiziari e i conservatori delle ipoteche.

dovessero rispondere del proprio operato non solo nei confronti della p.a. bensì anche dei terzi, eventualmente lesi⁴. Allo stesso tempo, si sentì l'esigenza di precisare che l'introduzione del suddetto principio non doveva essere intesa come un'abrogazione tacita della responsabilità della p.a., alla quale – come precisato dalla seconda parte dell'art. 28 Cost. con una poco felice formulazione – “si estende”, appunto, la responsabilità del proprio funzionario.

La scelta, maturata in sede di Assemblea Costituente, di delineare un cumulo di responsabilità per un medesimo fatto illecito trova la sua ragion d'essere nella necessità di contemperare due diverse esigenze: da un lato, come già anticipato, l'introduzione della responsabilità diretta dei funzionari rinviene la sua *ratio* principale nella volontà di responsabilizzarli⁵; dall'altro, l'estensione della responsabilità anche nei confronti della p.a. di appartenenza consente di assicurare un ristoro economico effettivo e, pertanto, una tutela patrimoniale piena a colui che ha subito il danno⁶.

In virtù del principio enunciato dall'art. 28 Cost. il danneggiato o, in un'ottica più marcatamente penalistica, la persona offesa dal reato può quindi richiedere il risarcimento del danno nei confronti sia del funzionario sia della p.a., pur potendo ovviamente quest'ultima rivalersi in un secondo momento nei confronti dell'autore del reato⁷. Infatti, qualora l'azione risarcitoria sia rivolta, come avviene nella maggioranza dei casi, soltanto nei confronti della p.a., ai sensi del d.P.R. n. 3/1957 il giudizio di rivalsa contro l'impiegato pubblico viene incardinato dinanzi alla Corte dei conti e allo stesso si applica la disciplina vigente per il giudizio contabile.

Al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità della p.a. ex art. 97 Cost., risultati che si perseguono anche tramite una maggiore responsabilizzazione dei funzionari pubblici, l'art. 28 Cost. consente di

⁴ In tal senso, F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., 43.

⁵ Nonostante le intenzioni dell'Assemblea Costituente, F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, op. cit., p. 62, ha evidenziato che detto obiettivo di maggiore responsabilizzazione dei dipendenti pubblici non è stato raggiunto con l'art. 28 Cost.. In particolare, secondo l'Autore, detta disposizione costituzionale ha portato ad un risultato opposto, avendo trasferito “la responsabilità alla Pubblica Amministrazione in quei casi in cui le leggi precostituzionali prevedevano la responsabilità personale del solo dipendente”.

Sulla funzione della responsabilità diretta dei dipendenti pubblici si vedano anche F. STADERINI - A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 4, i quali rinviengono il fondamento della responsabilità dei pubblici agenti “nell'esigenza di rafforzare il senso di legalità dei funzionari e dipendenti. L'innovazione costituzionale, pertanto, persegue una finalità essenzialmente sanzionatoria”.

⁶ In argomento si veda A. TORRENTE, *L'art. 28 della Costituzione e la responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari. Conferenze*, Milano, 1958, I, p. 248, secondo cui in tal modo “si viene non solo ad attuare, ma a rendere funzionale quel sistema protettivo del cittadino che costituisce un'esigenza immanente dello Stato di diritto”.

⁷ Sull'azione di rivalsa si veda A. CORPACI, *Alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, p. 241, il quale sottolinea che i rapporti interni tra p.a. e dipendenti sono soggetti alle regole della responsabilità amministrativa e, pertanto, “per i rapporti interni tra amministrazione e dipendenti il vincolo di solidarietà ha una disciplina sul piano sostanziale diversa da quella del codice civile, e sul piano processuale derogatoria alla giurisdizione del giudice ordinario”.

allocare la responsabilità in capo a colui che ha effettivamente posto in essere la condotta illecita⁸, facendo venir meno qualsiasi trattamento privilegiato originariamente previsto per coloro che prestavano servizio presso la p.a., nei confronti dei quali, come già ricordato, i terzi non potevano direttamente agire per il risarcimento del danno, salvo le eventuali eccezioni previste *ex lege*.

Circoscrivendo le diverse problematiche sollevate dall'introduzione dell'art. 28 Cost. ai profili che sono stati recentemente affrontati e risolti dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13246/2019, la quale si è interessata unicamente della responsabilità civile e non anche di quella penale e amministrativa, appare rilevante soffermarsi preliminarmente sulla natura precettiva o programmatica dell'art. 28 Cost. e, quindi, sulla portata del rinvio, operato dalla previsione costituzionale, alle leggi civili.

Nonostante alcune incertezze manifestate dalla dottrina che per prima se ne era occupata, l'art. 28 Cost. viene ormai pacificamente considerato come norma costituzionale precettiva⁹, posto che, in mancanza di leggi nuove o *ad hoc*, possono trovare in ogni caso applicazione le disposizioni già presenti nel *corpus* normativo. Infatti, se è pur vero che l'art. 28 Cost. necessita di essere integrato per quanto attiene alla disciplina delle modalità e dei limiti della responsabilità del dipendente e dell'amministrazione, tale lacuna deve essere colmata facendo ricorso rispettivamente all'art. 2043 c.c., laddove si accolga la tesi della responsabilità diretta, o all'art. 2049 c.c., qualora invece si ritenga preferibile riconoscere la natura indiretta della suddetta responsabilità.

In ciò si rinviene la funzione svolta dal rinvio¹⁰ che l'art. 28 Cost. compie alle leggi ordinarie, rimandando agli artt. 2043 ss. c.c. il compito di disciplinare le modalità in base alle quali il dipendente e la p.a. sono chiamati a rispondere¹¹ dell'illecito commesso, senza la necessità che sia introdotta una successiva normativa. In altri termini, mentre l'art. 28 Cost. prevede l'*an* della responsabilità del pubblico dipendente¹², il *quomodo* di quest'ultima, così come della responsabilità dello Stato o di un altro ente

⁸ Per un cenno in tal senso si veda C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., p. 338, secondo cui “*Si imputa insomma al funzionario, al dipendente, di essersi servito dello Stato o degli enti pubblici, della organizzazione dello Stato o degli enti pubblici, come di strumento per la realizzazione della propria volontà in lesione dei diritti*”.

⁹ *Ex multis*, si rimanda a G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 907 e a F. STADERINI - A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 5 ss..

¹⁰ Così, F. STADERINI - A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 5 ss.. Sulla natura del rinvio, non si può non concordare con C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., p. 326, il quale sottolinea che non si tratta di un rinvio fisso alle leggi vigenti, bensì di un rinvio mobile, ricomprendendo pertanto anche le eventuali modifiche apportate nel tempo dal legislatore.

¹¹ In questi termini si esprime C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, op. cit., p. 328, secondo cui spetta alle leggi ordinarie disciplinare le modalità per la relativa attuazione, ma non anche l'*an* della responsabilità.

¹² Tale aspetto è sottolineato da G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, cit., p. 907, nt. 35, secondo cui “*l'art. 28, sebbene non esaurisca l'intera disciplina della responsabilità civile della amministrazione pubblica, ha una sicura efficacia precettiva almeno con riferimento all'estensione alla amministrazione pubblica della responsabilità civile dei suoi agenti*”.

pubblico, è rimesso alla funzione legislativa e, quindi, alle leggi ordinarie che disciplinano i diversi settori del diritto¹³.

Ebbene, proprio la portata del rinvio era stata posta a fondamento di quegli indirizzi dottrinali¹⁴ che, al contrario, avevano riconosciuto la natura programmatica dell'art. 28 Cost., sul presupposto che quest'ultimo non trovasse diretta e immediata applicazione bensì si limitasse ad esprimere un principio programmatico, demandando alla legislazione ordinaria l'introduzione della successiva disciplina. Tali ricostruzioni sono state sconfessate dalla stessa Corte costituzionale che, con le pronunce del 30 gennaio 1962 n. 1 e del 18 giugno 1963 n. 94, ha riconosciuto all'art. 28 Cost. una sicura efficacia precettiva, nonostante senza dubbio necessiti di essere integrato con la disciplina di diritto comune.

Ciò posto in merito alla natura precettiva della disposizione costituzionale in esame, la dottrina si è a lungo interrogata se la responsabilità della p.a. ex art. 28 Cost. dovesse essere considerata diretta o indiretta e, pertanto, se la stessa dovesse essere disciplinata secondo lo schema della responsabilità per colpa ex art. 2043 c.c. ovvero, piuttosto, dovesse essere ricondotta nell'ambito del ventaglio delle ipotesi di responsabilità oggettiva previste nel tessuto normativo, facendo in particolare riferimento all'art. 2049 c.c..

Anticipando le conclusioni cui è pervenuta la dottrina maggioritaria, non vi è ormai alcun dubbio¹⁵ sul fatto che la p.a. sia direttamente responsabile del fatto illecito commesso dal proprio dipendente nel perseguimento dell'interesse pubblico, sul presupposto che dalla medesima fattispecie sorgano due distinte responsabilità¹⁶ (*id est*, quella dell'amministrazione e quella del funzionario), legate da un rapporto che viene generalmente qualificato di solidarietà.

In realtà, la natura diretta della responsabilità della p.a. non è una novità che è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 28 Cost.: già prima della sua entrata in vigore costituiva *jus receptum* la responsabilità diretta della p.a., ai sensi dell'art. 2043 c.c., per i fatti illeciti commessi dai dipendenti nello svolgimento

¹³ In argomento si veda E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, p. 201, il quale osserva che “la Costituzione se indubbiamente richiede che la pubblica amministrazione sia resa responsabile dei danni prodotti dalla sua attività, non detta però le norme di disciplina di tale responsabilità”.

¹⁴ Il riferimento è a R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, p. 888, il quale sosteneva che l'art. 28 Cost. enunciava soltanto un principio programmatico e che alle leggi ordinarie fosse attribuito il compito di regolamentare, oltre alle modalità, anche i casi e i limiti in cui sussiste la responsabilità della p.a.. Pur riconoscendo la natura programmatica della norma in esame, secondo l'Alessi l'efficacia precettiva dell'art. 28 Cost. era da rinvenire nella circostanza che detta disposizione costituzionale avrebbe fatto sorgere in capo al dipendente pubblico “un obbligo di non usare della funzione affidatagli in modo da ledere antiggiuridicamente diritti di terzi?” (così, p. 891).

¹⁵ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono formati sul punto, si rimanda a L. DELPINO, *Responsabilità della P.A. e responsabilità dei giudici alla luce dell'art. 28 Cost.*, cit., pp. 197 ss..

¹⁶ Contra E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1993, pp. 242 ss., secondo cui gli enti pubblici dovrebbero rispondere a titolo di responsabilità indiretta, non potendosi configurare una doppia responsabilità diretta. Per un approfondimento sul tema in esame si rimanda alla successiva nt. 27.

della funzione pubblica. È interessante osservare che tale conclusione si fondava essenzialmente su due assunti, che procedevano dall'impossibilità di applicare la disciplina della responsabilità indiretta prevista dall'art. 2049 c.c.: *in primis*, atteso che la responsabilità indiretta richiede un dualismo tra soggetti, si evidenziava la mancanza di alterità tra il funzionario pubblico e l'amministrazione in cui quest'ultimo era incardinato (c.d. rapporto organico). In secondo luogo, si escludeva che potessero sussistere sia la *culpa in eligendo* sia la *culpa in vigilando*, atteso che l'amministrazione è tenuta ad assumere il proprio personale tramite procedure concorsuali e che l'attività amministrativa è assistita da un complesso sistema di controlli¹⁷.

Così impostata la questione, la dottrina che si è occupata dell'art. 28 Cost. ha prevalentemente ritenuto che con la norma costituzionale l'Assemblea Costituente avesse voluto recepire l'orientamento tradizionale che si era formato prima dell'avvento della Costituzione, limitandosi ad affiancare alla responsabilità diretta della p.a. quella degli autori dell'illecito¹⁸.

Come già accennato, la ricostruzione giuridica in termini di responsabilità diretta prende le mosse dalla teoria della immedesimazione organica¹⁹, in virtù della quale la volontà della persona giuridica Stato si forma e viene estrinsecata tramite gli organi che la compongono, ossia tramite i propri funzionari e dipendenti nell'esercizio delle funzioni pubbliche a loro assegnate. Da ciò consegue che, laddove il funzionario pubblico commetta un illecito durante lo svolgimento dell'attività amministrativa e nel perseguimento dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preposta l'amministrazione di appartenenza, il fatto dannoso deve essere ricondotto sia al soggetto agente sia alla p.a., in quanto il provvedimento amministrativo dallo stesso adottato o il comportamento tenuto sono direttamente riconducibili anche a quest'ultima.

Ebbene, posto che la p.a. risponde per un fatto proprio e che, ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un fatto dannoso è imputabile a più persone, tutti gli autori dell'illecito sono obbligati in solido al risarcimento del danno, è ormai principio consolidato quello secondo cui l'amministrazione risponde in via solidale²⁰ con

¹⁷ Per una ricostruzione delle elaborazioni pre-costituzionali in materia, si rimanda a A. TORRENTE, *L'art. 28 della Costituzione e la responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 239 ss..

¹⁸ In argomento si veda Cass., sez. II, ord. 5 novembre 2018, n. 28079, secondo cui con l'introduzione dell'art. 28 Cost. l'Assemblea Costituente “*non ha inteso immutare la natura della responsabilità diretta dell'amministrazione e sanzionare il principio della responsabilità indiretta, non riferibile istituzionalmente alla P.A., ma ha solo voluto sancire accanto ad essa quella propria degli autori dei fatti lesivi delle situazioni giuridiche altrui?*”.

¹⁹ Sul punto V. TENORE - L. PALAMARA - B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, p. 12.

²⁰ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 1, p. 673.

il pubblico dipendente, salvo poi eventualmente verificare se, tra gli stessi, sussista o meno un ordine di scelta che deve essere rispettato dal danneggiato²¹.

Emerge allora dal carattere solidale del rapporto che lega la pubblica amministrazione e il dipendente pubblico la ragione principale per cui, nella pratica, il terzo danneggiato nella maggior parte dei casi agirà in giudizio per ottenere il risarcimento del danno dall'amministrazione, essendo quest'ultima in genere più solvibile rispetto al singolo dipendente²².

Pertanto, secondo la dottrina prevalente²³ l'art. 28 Cost. deve essere applicato in combinato disposto con l'art. 2043 c.c., il quale, come è noto, introduce il generale divieto di *neminem laedere*. Da ciò consegue che la responsabilità della persona giuridica pubblica sussiste soltanto qualora siano integrati tutti gli elementi previsti per la responsabilità aquiliana, ossia la condotta illecita posta in essere dal soggetto agente deve essere legata da un rapporto di causalità, secondo quanto previsto dagli artt. 40 e 41 c.p., con il danno evento, a seguito del quale il danneggiato deve aver subito nella propria sfera giuridica il danno conseguenza.

A ciò si aggiunga l'importanza che riveste nella fattispecie descritta dall'art. 2043 c.c. l'elemento psicologico, che consente di configurare la suddetta responsabilità come una responsabilità soggettiva, di talché lo Stato sarà chiamato a rispondere ogni qual volta versi in colpa, sia lieve che grave, o in dolo.

Proprio l'elemento soggettivo è il *punctum dolens* di questa argomentazione, sembrando porsi *ictu oculi* in contrasto con il disposto letterale dell'art. 28 Cost., ove l'Assemblea Costituente si è espressa in termini di "estensione" della responsabilità anche nei confronti della p.a., così sembrando presupporre l'idea della perfetta identità delle due responsabilità dirette.

²¹ Sul punto, si osservi che in termini di sussidiarietà si esprime A. TORRENTE, *L'art. 28 della Costituzione e la responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 248, il quale ritiene che la responsabilità della p.a. sia una responsabilità sussidiaria e di garanzia.

²² In dottrina, molti Autori si sono soffermati su tale conseguenza della duplice responsabilità diretta, rispettivamente del funzionario pubblico e della p.a., delineata dall'art. 28 Cost.. Si rimanda, in particolare, a F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., p. 58; F. STADERINI - A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 49 e V. TENORE - L. PALAMARA - B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit., p. 13, i quali osservano che il terzo danneggiato, in genere, preferisce "convenire il più solvibile datore di lavoro pubblico, che poi, all'esito di un pluriennale contenzioso, ha il dovere di rivalersi nei confronti del proprio dipendente segnalando la notizia danni [...] alla Procura della Corte dei Conti o attivando (il che avviene assai raramente) un'azione civile di danni innanzi all'a.g.o.". Il problema della coesistenza dell'azione civile di danno, promossa dinanzi al G.O., con l'azione di responsabilità amministrativo-contabile dinanzi alla Corte dei conti è stato oggetto di una recente ordinanza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. un., ord. 4 ottobre 2019, n. 24859), che ha negato la sussistenza in materia di una giurisdizione esclusiva della Corte dei conti.

²³ Tra i tanti si ricordano F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., pp. 58-59 e F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, secondo cui dalla operatività dell'art. 2043 c.c. si dovrebbe desumere l'esclusione dell'applicazione "delle altre norme del codice civile che prevedono fattispecie speciali di responsabilità aggravata (indiretta o presunta)".

Più puntualmente, ai sensi dell'art. 23 del d.P.R. n. 3/1957 la responsabilità del pubblico impiegato è circoscritta ai casi in cui la violazione dei diritti dei terzi sia avvenuta con colpa grave o dolo, andando quindi esente da responsabilità nelle ipotesi di colpa lieve²⁴. Di contro, trovando applicazione nei confronti della p.a. l'art. 2043 c.c., lo Stato o l'ente pubblico possono essere considerati responsabili anche nei casi di colpa semplice, così introducendo nel sistema un elemento di contraddittorietà²⁵.

Sicché, l'unica via per far coincidere il dettato costituzionale, interpretato sulla base di un criterio meramente letterale, con la normativa primaria sarebbe stata quella di introdurre un regime speciale della responsabilità civile della p.a. ex art. 2043 c.c., in cui l'elemento soggettivo fosse limitato ai casi previsti per la responsabilità amministrativo-contabile, ossia alla colpa grave e al dolo.

Nonostante tale discrasia sia difficilmente giustificabile sulla base della formulazione letterale della norma²⁶, che sembra presupporre una perfetta coincidenza tra i due titoli di responsabilità, la Corte costituzionale²⁷ e la dottrina hanno concluso nel senso che le due responsabilità in esame ben possono essere diverse. Ciò in quanto, in base all'art. 28 Cost., la copertura costituzionale comprende soltanto il fatto che l'ordinamento deve prevedere al suo interno la responsabilità sia della p.a. che del funzionario, e non anche le modalità dei relativi regimi i quali sono demandati alla piena discrezionalità legislativa, cosicché il legislatore ben può decidere di disciplinarli diversamente.

È da notare che questo problema circa la mancata corrispondenza tra l'elemento soggettivo della p.a. e quello del funzionario non si porrebbe laddove si accogliesse l'opposta tesi che riconosce alla responsabilità della persona giuridica pubblica natura indiretta. Trovando, infatti, in tal caso applicazione l'art. 2049 c.c., si deve ragionare in termini di responsabilità oggettiva, con la conseguenza che la p.a. risponderebbe del fatto illecito del proprio dipendente per il solo fatto che sia stato commesso in occasione dello svolgimento delle proprie mansioni, senza venire in rilievo anche l'elemento psicologico.

²⁴ Sui diversi gradi della colpevolezza in caso di responsabilità della p.a. e del dipendente pubblico, si veda F. FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e «autoprotezione» da parte del privato-vittima*, in *Foro it.*, 2005, p. 299, secondo cui questa discrasia tra i regimi “*si traduce in uno stimolo ad usare tutti gli strumenti organizzativi (in particolare, di selezione e di formazione del personale, nonché di controllo: si pensi ai controlli interni) onde evitare la colpa lieve di chi in concreto agisce e, cioè, del dipendente*”.

²⁵ In proposito, si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 672, secondo cui “*La divergenza che si viene a determinare nell'estensione delle due responsabilità è una nuova prova della non aderenza della legge stessa alle prescrizioni dell'art. 28 Cost., avendo invece questo voluto porre un parallelismo fra le due*”.

²⁶ Come rilevato da F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., pp. 58-59, il quale rileva come tale conclusione sia apparentemente poco conforme con l'art. 28 Cost., ove con il riferimento alla “estensione” si sembra sottintendere la medesima responsabilità. In tal senso, si veda altresì R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, cit., p. 885, secondo cui “*logicamente la garanzia (garanzia in senso lato) dello Stato verrà a sussistere sin dove viene ad estendersi la responsabilità del funzionario*”, nonché E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 262, il quale afferma che “*l'esclusione della responsabilità del funzionario impedisce che si verifichi una qualsiasi ipotesi di responsabilità dell'ente ex art. 28 Cost.*”.

²⁷ Il riferimento è a Corte cost., 14 marzo 1968, n. 4.

Secondo la tesi della responsabilità indiretta, l'art. 28 Cost. svolgerebbe l'unica funzione di estendere la portata applicativa dell'art. 2049 c.c. – che, si ricorda, disciplina la responsabilità indiretta dei padroni e dei committenti per i danni arrecati dal fatto illecito commesso dai loro sottoposti – anche nei confronti della p.a..

In linea generale, i fautori di questa impostazione argomentano la natura indiretta della responsabilità in esame su due presupposti: per un verso, si afferma che non sarebbe possibile ammettere che per uno stesso fatto illecito possano sorgere due diverse responsabilità dirette, quella del funzionario e quella dell'amministrazione²⁸. Peraltro, la stessa formulazione letterale dell'art. 28 Cost., nel circoscrivere l'estensione con l'espressione “in tali casi”, sarebbe un chiaro indice della natura indiretta della responsabilità dello Stato o degli enti pubblici, sul presupposto che queste parole iniziali “*non possono avere altro significato se non quello di limitare la responsabilità degli enti pubblici alle ipotesi in cui vi è una responsabilità personale del funzionario secondo le leggi civili*”²⁹.

Infine, ponendo l'accento sulle ipotesi di dolo e colpa grave che, come si analizzerà, interrompono il rapporto organico, parte della dottrina³⁰ ha affermato che la responsabilità della p.a. dovrebbe, in tali casi, svolgere una funzione di garanzia e che, quindi, avrebbe natura indiretta, non essendo volta a sanzionare l'amministrazione per un fatto commesso direttamente da quest'ultima, ma trovando piuttosto la sua ragion d'essere nel principio solidaristico.

Ciò premesso, la dottrina più risalente³¹ che si è occupata della questione - e che ha rinvenuto nell'art. 28 Cost. l'affermazione della responsabilità indiretta della p.a. - ha elaborato una ricostruzione particolarmente complessa e articolata, motivata dall'esigenza di delineare sia una responsabilità diretta che una responsabilità indiretta dell'amministrazione, sebbene circoscritte ad ambiti diversi.

Per giungere a tale conclusione, questo indirizzo dottrinario muoveva dalla considerazione che nell'architettura costituzionale l'art. 28 Cost. non sarebbe l'unica disposizione che si interessa della responsabilità dello Stato, ma che ad essa si affiancherebbero altresì gli artt. 103 e, soprattutto, 113 Cost..

²⁸ Per un'ampia riflessione al riguardo si veda E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, op.ult.cit., p. 242 ss., il quale ritiene che la teoria della doppia responsabilità diretta non sia condivisibile in quanto “o il «fatto» è giuridicamente posto a carico dell'ente, perché è l'ente che per il diritto lo ha compiuto, ed allora non si vede in qual modo possa essere considerato anche dell'agente, atteso che dei due soggetti considerati uno solo, in pratica, agisce”. Tale tesi è, in parte, ripresa da G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, cit., pp. 906 ss., secondo cui in caso di responsabilità concorrente si deve escludere “che vi possano essere due distinte responsabilità dirette scaturenti dal medesimo fatto dannoso” e, pertanto, l'amministrazione sarà chiamata a rispondere per fatto altrui.

²⁹ Così, E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, op.ult.cit., p. 244.

³⁰ Questa è l'impostazione elaborata da A. TORRENTE, *La responsabilità indiretta della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1958, pp. 278 ss. che, come si vedrà, è stata accolta dalla sentenza n. 13246/2019 delle Sezioni Unite.

³¹ Si vedano R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, cit., pp. 884 ss. e C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., p. 343.

Come è noto, l'art. 113 Cost. pone l'attenzione in special modo sugli aspetti processuali, prevedendo che *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”*. Muovendo dalla distinzione tra gli artt. 28 e 113 Cost., questa concezione riconduceva la responsabilità da attività amministrativa nell'ambito dell'art. 113 Cost., il quale doveva trovare applicazione ogni qual volta tra il dipendente e la p.a. sussisteva un rapporto di immedesimazione organica.

Al contrario, secondo questa ricostruzione, la responsabilità ex art. 28 Cost. si configurava non nel caso di lesione da provvedimento amministrativo, bensì laddove il funzionario si fosse servito della funzione in modo anti-giuridico, sul presupposto che la norma costituzionale avesse configurato in capo a tutti i funzionari pubblici uno specifico obbligo *“di non usare della funzione affidatagli in modo da ledere anti-giuridicamente diritti di terzi”*³².

Trattandosi di una violazione commessa dal pubblico agente in assenza di un rapporto di immedesimazione organica, questo tipo di violazione delineava in capo all'amministrazione una responsabilità di natura indiretta ex art. 2049 c.c.³³, in cui la p.a. era chiamata a rispondere per il fatto altrui.

La principale critica che può essere mossa a tale impostazione attiene alla natura processuale degli artt. 103 e 113 Cost., nel senso che gli stessi sono volti ad assicurare la garanzia della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, non potendosi quindi desumere da queste norme costituzionali i profili di responsabilità della p.a., che attengono piuttosto alla disciplina di diritto sostanziale³⁴.

Tale ricostruzione, nonostante non sia stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, merita di essere ricordata in quanto anticipa le conclusioni a cui sono pervenute le Sezioni Unite in commento, le quali – sia pure sulla base di diverse argomentazioni - hanno riconosciuto che nell'attuale sistema civile la responsabilità della p.a. possa essere sia diretta che indiretta. Tuttavia, a differenza dell'impostazione sin qui analizzata, la conclusione delineata dalla Cassazione riconosce la natura composita della responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico senza ancorarla ad una pluralità di norme costituzionali, ma facendo applicazione degli artt. 2043 e 2049 c.c..

³² Così, R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, op.cit., p. 891.

³³ Trattandosi di responsabilità indiretta, secondo R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, op.cit., p. 898, la stessa si configurerebbe anche qualora la condotta illecita dell'agente pubblico sia sostenuta dal dolo. In merito alla responsabilità indiretta e alla intenzionalità si veda altresì C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., pp. 324 ss..

³⁴ Per una ricostruzione critica si rimanda a L. DELPINO, *Responsabilità della P.A. e responsabilità dei giudici alla luce dell'art. 28 Cost.*, cit., p. 202, secondo cui la responsabilità della p.a. trova fondamento unicamente nell'art. 28 Cost., posto che l'art. 113 Cost. *“più che legittimare le forme di tutela nei confronti della P.A., intende dare rilevanza costituzionale al sistema previsto per garantire tale tutela, e, soprattutto, a quelli che sono i poteri e i limiti degli organi che del sistema stesso fanno parte”*. Prima di lui si era espresso in questi termini E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 252.

È da notare che le Sezioni Unite non prendono espressamente posizione sulla portata applicativa dell'art. 28 Cost., non chiarendo se la norma costituzionale trovi applicazione esclusivamente in combinato disposto con l'art. 2043 c.c. ovvero, come affermato da una parte della dottrina e della giurisprudenza³⁵, anche con l'art. 2049 c.c.. In altri termini, non è stato esplicitato se l'art. 28 Cost. sia norma di riferimento soltanto per la responsabilità diretta della p.a. ovvero anche per quella indiretta.

In proposito si ritiene preferibile accogliere l'impostazione tradizionale seguita dalla Cassazione civile³⁶ e ritenere che l'art. 28 Cost. si combini unicamente con l'art. 2043 c.c.³⁷, sul presupposto che la norma costituzionale presupponga e disciplini il rapporto di immedesimazione organica, il quale è incompatibile con la responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., che richiede invece una alterità tra il preponente pubblico e il dipendente.

2. Il carattere istituzionale o personale del fine perseguito dal funzionario. Gli opposti orientamenti che si sono formati in giurisprudenza

Prima di passare all'analisi della recente pronuncia della Corte di Cassazione che ha definitivamente risolto la questione della responsabilità civile dello Stato per il reato doloso commesso da un proprio dipendente, si ritiene utile analizzare, sia pur brevemente, gli opposti indirizzi giurisprudenziali che si sono formati sul punto.

Tradizionalmente la prevalente giurisprudenza civile³⁸ ha sempre ancorato la responsabilità civile dello Stato o dell'ente pubblico all'art. 28 Cost., sul presupposto che detta disposizione costituzionale abbia

³⁵ In tal senso, si sono espresse, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2015, n. 13799 e la già citata Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2012, n. 12235. In dottrina, si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, pp. 708 ss..

³⁶ *Ex multis*, si rimanda a Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2018, n. 15145; Id., 4 gennaio 2017, n. 80 e Cass. civ., sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709. In particolare, nella pronuncia n. 15145/2018 la Cassazione afferma espressamente che “*Né può ipotizzarsi una responsabilità dell'ente ex art. 28 Cost., in quanto tale norma presuppone che l'attività del funzionario sia riferibile all'ente medesimo, mentre la violazione delle regole contabili determina una frattura del rapporto di immedesimazione organica con la pubblica amministrazione*”.

³⁷ In tal senso, si esprime anche G. DONADIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto illecito commesso dal dipendente: il sistema a doppio binario e l'effettività della tutela*, in *GiustiziaCivile.com.*, 2019.

³⁸ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. civ., 30 gennaio 2008, n. 2089; Id., 21 novembre 2006, n. 24744; Id., 12 agosto 2000, n. 10803; Id., 17 settembre 1997, n. 9260; Id., 3 dicembre 1991, n. 12960; Id., 17 dicembre 1986, n. 7631; Id., 23 ottobre 1979, n. 5544. In particolare, si rimanda a Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20986, la quale ha ribadito il principio di diritto accolto in giurisprudenza secondo cui: “*Affinché ricorra la responsabilità della P.A. per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente - responsabilità il cui fondamento risiede nel rapporto di immedesimazione organica - deve sussistere, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, anche la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso, la quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicitazione dell'attività dell'ente pubblico, e cioè tenda, pur se con abuso di potere, al conseguimento dei fini istituzionali di questo nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui il dipendente è addetto. Tale riferibilità viene meno, invece, quando il dipendente agisca come un semplice privato per un fine strettamente personale ed egoistico che si riveli assolutamente estraneo all'amministrazione - o addirittura contrario ai fini che essa persegue - ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, atteso che in tale ipotesi cessa il rapporto organico fra l'attività del dipendente e la P.A.*”.

confermato la natura diretta della responsabilità della p.a., alla quale pertanto sarà applicabile l'art. 2043 c.c. e non anche l'art. 2049 c.c..

Interpretando l'art. 28 Cost. come un'ipotesi di responsabilità diretta ex art. 2043 c.c., la p.a. o l'ente pubblico saranno chiamati a rispondere a titolo di risarcimento del danno, come già sottolineato nel precedente paragrafo, purché sussista il rapporto di immedesimazione organica tra il dipendente e la persona giuridica pubblica. Ebbene, affinché si configuri questo rapporto di compenetrazione tra il funzionario e lo Stato-apparato, che consente alla p.a. di manifestare la propria volontà oltre che di agire, è evidente la necessità che l'attività svolta dal dipendente sia strettamente connessa alla funzione pubblica. Di conseguenza, si è sempre ritenuto che il rapporto di immedesimazione organica si possa configurare soltanto allorché il funzionario agisca al fine di perseguire l'interesse istituzionale cui è preposta per legge la p.a. di riferimento. Il che significa che, laddove al contrario il pubblico dipendente sia mosso soltanto da un interesse strettamente personale ed egoistico, non si potrà più applicare l'art. 28 Cost., venendo meno il rapporto di immedesimazione organica.

Più nel dettaglio, il carattere privato dell'intento che muove il dipendente nel porre in essere la propria condotta è quello del tutto estraneo all'interesse pubblico, di talché il fatto illecito non è in alcun modo riconducibile all'attività amministrativa, essendo avulso dagli scopi istituzionali perseguiti.

Tale impostazione è stata seguita anche dalla giurisprudenza amministrativa³⁹ secondo cui la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso si elide, venendo appunto meno il rapporto di immedesimazione organica, laddove il dipendente pubblico ponga in essere una condotta penalmente rilevante. In proposito, si osservi che parte della giurisprudenza⁴⁰ ha, infatti, a lungo ritenuto che il fine criminoso che sostiene la condotta dell'agente pubblico sia di per sé idoneo ad escludere la contestuale presenza del fine istituzionale, essendo quest'ultimo di per sé incompatibile con qualsiasi condotta penalmente rilevante.

Sin dalle prime elaborazioni giurisprudenziali in ordine all'art. 28 Cost., all'orientamento così delineato se ne è sempre contrapposto un altro⁴¹, sia pure in origine minoritario, in forza del quale la sussistenza di una finalità personale ed egoistica e l'eventuale commissione di un delitto doloso non comportano il venir meno della responsabilità civile della p.a., con la quale il soggetto agente sia legato in base ad un rapporto di servizio. Dunque, a differenza dell'indirizzo prevalente secondo cui dovrebbe trovare applicazione la

³⁹ Per un approfondimento si rimanda a Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600; Id., sez. V, 4 marzo 2008, n. 890; TAR Calabria - Reggio Calabria, sez. I, 11 agosto 2012, n. 536; TAR Sicilia - Catania, 25 luglio 2013, n. 2166.

⁴⁰ Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2015, n. 20965.

⁴¹ Tale interpretazione è stata accolta soprattutto dalla giurisprudenza penale che se ne è occupata nei casi di costituzione di parte civile, tra cui, *ex plurimis* si vedano Cass. pen., 3 aprile 2017, n. 35588; Id., 20 gennaio 2015, n. 13799; Id., 11 giugno 2003, n. 33562; sez. VI, 20 giugno 2000, n. 13048.

responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., tale apparato ricostruttivo si fonda sul presupposto che la norma di riferimento – sempre riconducibile nell’ambito della responsabilità extracontrattuale - sia l’art. 2049 c.c., così configurando un’ipotesi di responsabilità indiretta e oggettiva⁴².

Pertanto, dovendo essere integrati i requisiti elaborati dalla giurisprudenza con riferimento alla responsabilità dei padroni e dei committenti, la p.a. sarà condannata al risarcimento dei danni purché vi sia il nesso di occasionalità necessaria e la condotta criminosa non sia una conseguenza imprevedibile ovvero un eterogeneo sviluppo di un non corretto esercizio della funzione pubblica⁴³.

Infatti, come si vedrà nel prossimo paragrafo, il fulcro della responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. si rinviene proprio nel c.d. nesso di occasionalità necessaria, espressione con la quale si intende riferirsi al collegamento intercorrente tra le mansioni affidate al funzionario e il fatto dannoso.

A differenza del nesso di causalità ex art. 2043 c.c. che richiede un onere della prova particolarmente stringente ex artt. 40 e 41 c.p., il criterio oggettivo dell’occasionalità necessaria è stato inteso dalla giurisprudenza di legittimità in termini molto ampi, tanto da risultare sufficiente, per la sua integrazione, che la mansione espletata abbia agevolato e reso possibile la commissione del fatto. A ciò si aggiunga che i confini della fattispecie in esame (*id est*, l’art. 2049 c.c.) sono stati ancor più dilatati dalla conclusione, accolta da questo indirizzo giurisprudenziale, secondo cui il nesso di occasionalità necessaria non viene interrotto qualora il dipendente abbia operato oltre i limiti delle funzioni e mansioni a lui attribuite o abbia trasgredito gli ordini ricevuti.

3. La recente posizione assunta dalle Sezioni Unite

Alla luce dei diversi orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali, sin qui analizzati, si può ora passare all’esame della recente sentenza n. 13246/2019⁴⁴ con cui le Sezioni Unite hanno riordinato la materia della responsabilità civile della p.a. per il reato commesso da un proprio funzionario. A differenza dagli

⁴² Con riferimento all’art. 2049 c.c., in merito alla distinzione tra responsabilità indiretta e oggettiva si rimanda a G. DE FAZIO, *L’art. 2049 c.c. nelle ipotesi di assenza di un rapporto di lavoro subordinato*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 6/2010, p. 1281, il quale ha evidenziato che la definizione della suddetta responsabilità come indiretta “è stata criticata da quella dottrina per la quale la responsabilità in oggetto va sempre qualificata come diretta, non esistendo, nel nostro ordinamento una responsabilità di tipo indiretto ed essendo l’obbligo risarcitorio posto direttamente a carico del soggetto che deve assolverlo”. Tuttavia, la responsabilità ex art. 2049 c.c. è stata qualificata come indiretta dalle stesse Sezioni Unite nella pronuncia n. 13246/2019 e, pertanto, tale espressione sarà utilizzata anche nel presente contributo.

⁴³ Ciò in quanto, come rilevato da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, “la responsabilità per un incidente atipico ed imprevedibile può, soprattutto se il danno che ne deriva è notevole, turbare gravemente l’equilibrio economico del responsabile, senza, d’altra parte, svolgere la benefica funzione sopra descritta”.

⁴⁴ In dottrina, la pronuncia è stata aspramente criticata da V. TENORE, “Occasionalità necessaria” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), in *www.giustamm.it*, n. 6/2019. Si sono espresse, invece, in senso favorevole alla ricostruzione svolta dalle Sezioni Unite G. DONADIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto illecito commesso dal dipendente: il sistema a doppio binario e l’effettività della tutela*, cit., e G. TURSI, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, in *Danno e resp.*, n. 4/2019, p. 502.

indirizzi giurisprudenziali su richiamati, ove la p.a. poteva alternativamente rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c. (responsabilità diretta) o dell'art. 2049 c.c. (responsabilità indiretta), nella sentenza in esame la Cassazione ha configurato in capo alla p.a. una responsabilità sia diretta che indiretta, a seconda che il dipendente pubblico agisca per il perseguimento dell'interesse istituzionale ovvero di un interesse personale ed egoistico.

Prima di soffermarci sulle argomentazioni dei giudici di legittimità poste a sostegno di detta conclusione, può essere utile ripercorrere i fatti di causa.

Il Ministero della Giustizia veniva convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Catania per l'illecita sottrazione da parte di un proprio cancelliere di alcune somme di denaro su cui verteva un giudizio di divisione e che erano state depositate presso un ufficio giudiziario.

In primo grado, rimasto contumace il cancelliere, che nel mentre era stato condannato in sede penale per peculato ex art. 314 c.p., il Tribunale condannava il Ministero della Giustizia al risarcimento del danno. Tale decisione veniva successivamente riformata dalla Corte di Appello, che accoglieva l'impugnazione del Ministero sul presupposto che, avendo agito il cancelliere per un fine strettamente personale ed egoistico, l'amministrazione doveva andare esente da qualsiasi tipo di responsabilità ex art. 28 Cost..

La soluzione a cui era pervenuta la Corte di Appello trova fondamento nell'orientamento tradizionale descritto nei precedenti paragrafi, secondo cui la responsabilità diretta di cui all'art. 28 Cost. presuppone la sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica tra la p.a. e il funzionario, rapporto che viene interrotto ogni qual volta quest'ultimo agisca per un fine proprio, non riconducibile a quello istituzionale. Sulla scorta dell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene, invece, che il carattere personale dell'interesse perseguito dall'agente non comporti il venir meno della responsabilità della p.a. bensì soltanto la sua configurazione in termini di responsabilità indiretta, il ricorrente presentava ricorso per cassazione in base all'art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c. per la violazione degli artt. 28 Cost. e 2049 c.c.. In particolare, il ricorrente sottolineava che l'opposta tesi, in virtù della quale il fine personale comporta la mancata responsabilità della p.a., non troverebbe alcun fondamento normativo, né nel dettato costituzionale né nelle norme che disciplinano la responsabilità civile, e darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento a favore dell'amministrazione.

Tra l'altro, nel ricorso il ricorrente metteva in evidenza che la condotta criminosa del cancelliere era tutt'altro che imprevedibile e che, anzi, proprio le mansioni a lui affidate avevano reso possibile e agevolato la commissione del fatto appropriativo.

Di contro, nella propria memoria difensiva il Ministero, oltre a richiamare l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 28 Cost. fondata sul rapporto di immedesimazione organica, poneva l'accento sul fatto che, essendo il reato di peculato plurioffensivo, il Ministero avrebbe potuto costituirsi parte civile

nel processo penale, da ciò desumendo l'impossibilità per lo stesso di essere chiamato a rispondere per l'operato del proprio dipendente.

Ciò premesso, la questione veniva rimessa alle Sezioni Unite dall'ordinanza n. 28079/2018 per la necessità di ricomporre il quadro giurisprudenziale nel cui ambito, come già dettagliatamente esaminato, l'art. 28 Cost. era stato oggetto di diverse interpretazioni, configurando a volte una responsabilità diretta della p.a. e, secondo altre pronunce, una responsabilità indiretta sul modello della responsabilità disciplinata dall'art. 2049 c.c. per i padroni e i committenti.

Le Sezioni Unite, partendo dal presupposto secondo cui è sempre da evitare qualsiasi trattamento privilegiato nei confronti della p.a., con la sentenza in commento innovano il sistema previgente ed introducono un regime di responsabilità a doppio binario, in cui coesistono le due diverse forme di responsabilità, diretta ex art. 2043 c.c. e indiretta ex art. 2049 c.c.. Ovviamente, rispondendo ad una diversa *ratio legis* e richiedendo la sussistenza di requisiti differenti, le succitate disposizioni hanno distinti ambiti di applicazione.

Nel proprio *iter* argomentativo la Cassazione, in primo luogo, conferma l'impostazione tradizionale in forza della quale l'art. 28 Cost. si fonda sul rapporto di immedesimazione organica e, pertanto, richiede necessariamente la sussistenza del fine istituzionale, ossia che la condotta del funzionario, ancorché indirettamente, sia estrinsecazione del potere pubblico. Ne deriva che la responsabilità diretta della p.a., di cui al combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2043 c.c., si configura in caso di attività amministrativa, allorché il funzionario adotti un provvedimento amministrativo ovvero laddove ponga in essere un comportamento illecito nel perseguimento del fine istituzionale attribuito *ex lege* all'amministrazione di appartenenza.

Infatti, in entrambe le ipotesi delineate la sussistenza dell'interesse pubblico consente di rinvenire il rapporto di immedesimazione organica, di talché il fatto penalmente rilevante del funzionario sarà, in realtà, riconducibile anche alla p.a..

Al contrario, ove trattasi di un'attività estranea al fine istituzionale, la norma di riferimento non si deve più rinvenire nell'art. 2043 c.c. bensì nell'art. 2049 c.c., con l'importante precisazione che quest'ultima disposizione non opera in combinato disposto con l'art. 28 Cost., ponendosi al di fuori del rapporto di immedesimazione organica. A tal proposito, si può osservare sin da subito che l'art. 2049 c.c., prevedendo una responsabilità indiretta e oggettiva, si pone in antitesi con l'impostazione secondo cui l'art. 28 Cost. delinea una responsabilità diretta, in quanto nell'art. 2043 c.c. la p.a. risponde direttamente per il fatto illecito dalla stessa commesso, sebbene in via mediata attraverso l'operato del proprio dipendente, richiedendosi altresì la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Ogni diversificazione di trattamento, precisano le Sezioni Unite, si tradurrebbe in un privilegio ingiustificato della persona giuridica pubblica, così violando, *in primis*, il principio di uguaglianza formale ex art. 3, comma 1 Cost. e il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., nonché a livello sovranazionale l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Invero, il richiamo a queste ultime disposizioni non sembra essere del tutto confacente con il tema della responsabilità civile della p.a., che pone delle problematiche di diritto sostanziale, poiché le succitate previsioni rilevano dal punto di vista strettamente processuale.

È evidente, quindi, che le Sezioni Unite hanno voluto porre un argine a quelle elaborazioni giurisprudenziali le quali, ritenendo che con l'art. 28 Cost. l'Assemblea Costituente avesse voluto esaurire l'ambito di operatività della responsabilità della p.a., di fatto davano luogo ad una disparità di trattamento tra persona giuridica pubblica e privata. In effetti, mentre una società può essere chiamata a rispondere civilisticamente per il fatto penalmente illecito commesso da un proprio dipendente per un interesse egoistico, di contro, in applicazione dell'orientamento tradizionale lo Stato e gli enti pubblici sarebbero esenti da qualsiasi forma di responsabilità civile⁴⁵.

In questo si registra la tendenza, già manifestatasi con riferimento ad altri istituti, a non valorizzare le caratteristiche pubblicistiche così da assoggettare il soggetto pubblico alla medesima disciplina di diritto privato applicabile alle società, sul presupposto che dalla natura pubblica del soggetto non conseguano, necessariamente, modifiche di regime.

Al precipuo scopo di evitare possibili critiche fondate sulla tutela delle finanze pubbliche, la Cassazione sente altresì l'esigenza di chiarire che, nel giudizio di bilanciamento - che a ben vedere dovrebbe spettare al legislatore e non ai giudici di legittimità - la tutela dei diritti non può essere sacrificata in nome di interessi erariali.

Accogliendo pertanto una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, le Sezioni Unite pervengono alla conclusione secondo cui, quando gli atti illeciti sono commessi da un funzionario pubblico, la tutela risarcitoria dei diritti della vittima non può essere “*meno effettiva rispetto al caso in cui questi siano compiuti dai privati per mezzo dei loro preposti*”. A ciò si aggiunga che proprio per il particolare ruolo ricoperto dal dipendente pubblico, il quale è investito dalla stessa pubblica amministrazione di una funzione amministrativa, è legittimo attendersi un particolare affidamento sulla legalità del suo comportamento.

⁴⁵ In una prospettiva comparatistica, V. TENORE, “Occasionalità necessaria” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), cit., p. 7, nota che “in altri ordinamenti, quale quello francese, la pubblica amministrazione non può essere chiamata a rispondere di faute personelle dei propri dipendenti, ma di soli fautes de service”.

Ponendo ora l'attenzione sulla responsabilità indiretta della p.a., secondo le Sezioni Unite questa si configura a condizione che ricorrano i presupposti elaborati dalla giurisprudenza civile con riferimento all'art. 2049 c.c.. Come è noto, l'art. 2049 c.c. deve essere correttamente inquadrato nel novero di quelle disposizioni codicistiche che disciplinano delle ipotesi di responsabilità aggravata (artt. 2047-2054 c.c.), che si distinguono dall'art. 2043 c.c. per essere incentrate su un criterio di imputazione diverso dalla colpa. Nello specifico, questa forma di responsabilità speciale si connota per essere un'ipotesi, insieme agli artt. 2047, 2048 e 2054, comma 3 c.c., di responsabilità per fatto altrui, ossia in cui un soggetto risponde per un danno che materialmente è stato causato da una condotta posta in essere da altri.

Dalla natura oggettiva della suddetta responsabilità ne consegue, come già ricordato, che la parte attrice non dovrà provare l'elemento soggettivo, neanche sotto forma di *culpa in vigilando*, la quale spesso era stata negata in giurisprudenza proprio con riferimento allo Stato o agli enti pubblici sul presupposto che la p.a., assumendo tramite concorso pubblico, non potrebbe per definizione essere ritenuta in colpa *in eligendo vel in vigilando*⁴⁶.

Per quanto attiene alla considerazione svolta dal Ministero nella propria memoria difensiva, ove aveva evidenziato che la p.a. è in sede penale equiparata di fatto alla vittima del reato, potendo costituirsi parte civile, la Cassazione osserva che tale possibilità processuale rileva unicamente nel giudizio di rivalsa⁴⁷, ma non può in alcun modo determinare un'esenzione di responsabilità per la p.a.. Sotto questo aspetto, è appena il caso di rilevare che la difesa erariale sembra confondere due diversi profili: infatti, il danno subito dalla p.a. - e in virtù del quale viene incardinato il giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti - è cosa ben diversa dal danno subito dal terzo danneggiato e nei confronti del quale risponde anche l'amministrazione.

⁴⁶ In tal senso, si veda P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 63 ss., secondo cui, con riferimento alla pubblica amministrazione, “non si può presumere una colpa nella scelta e nella sorveglianza dei dipendenti, poiché questa si compie secondo criteri dettati legislativamente”.

⁴⁷ In merito ai rapporti tra la costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale e il giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti si rimanda a P. EVANGELISTA, *Responsabilità amministrativa e amministratori delle società a partecipazione pubblica: il punto dopo i revirements giurisprudenziali*, intervento tenutosi a Milano il 10 maggio 2013, in *Rivistacorteconti.it*, il quale osserva che, come affermato dalla consolidata giurisprudenza contabile (*ex multis*, Corte conti, sez. Piemonte, 15 febbraio 2011, n. 44), la costituzione di parte civile “non preclude l'autonoma valutazione del giudice contabile nell'accertamento e determinazione del danno arrecato alla finanza pubblica nella sua totalità, quale che sia il contenuto della domanda dell'amministrazione”. Ciò detto, ai sensi dell'art. 651 c.p.p., la sentenza penale irrevocabile di condanna ha, nel giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti, efficacia di giudicato per quanto attiene all'accertamento del fatto, alla sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato l'ha commesso.

Considerazioni diverse devono, al contrario, essere svolte con riferimento ai rapporti tra giudizio civile e giudizio di rivalsa in quanto il giudicato civile, atteso che ai sensi dell'art. 2909 c.c. fa stato soltanto tra le parti, i loro eredi e aventi causa, non rileva direttamente nel processo contabile. Pertanto, i mezzi di prova acquisiti nel giudizio civile assumeranno rilevanza nell'ambito del giudizio contabile soltanto come elementi indiziari, che possono essere liberamente valutati dal giudice contabile (tra i tanti, si veda Corte conti, sez. Sicilia, 12 aprile 2012, n. 1201).

Dopo aver affermato che sussiste la responsabilità civile in capo alla p.a. ex art. 2049 c.c. laddove un proprio funzionario abbia commesso, anche dolosamente, un fatto penalmente illecito, le Sezioni Unite devono altresì affrontare l'annoso dibattito concernente il requisito della occasionalità necessaria.

La responsabilità dell'art. 2049 c.c. è una ipotesi di responsabilità oggettiva, non ammettendo prova contraria, che si fonda soltanto sulla sussistenza di un rapporto di occasionalità necessaria tra il danno-conseguenza e la mansione svolta, come si desume dalla formula legislativa “*nell'esercizio delle incombenze*”. La norma opera in due diverse occasioni, sia laddove la mansione sia *condicio sine qua non* per la realizzazione del danno⁴⁸ sia nell'ipotesi in cui abbia agevolato la commissione del reato, tanto che la giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 2049 c.c. anche nel caso in cui il fatto del dipendente sia doloso e, pur potendo essere commesso anche al di fuori dello svolgimento dell'attività amministrativa, sia stato agevolato da quest'ultima.

Applicando il criterio di imputazione dell'occasionalità necessaria alla p.a.⁴⁹, le Sezioni Unite concludono nel senso che il preponente pubblico “*risponde del fatto illecito del proprio funzionario o dipendente ogni qual volta questo non si sarebbe verificato senza l'esercizio delle funzioni o delle attribuzioni o dei poteri pubblicistici: e ciò a prescindere dal fine soggettivo dell'agente (non potendo dipendere il regime di oggettiva responsabilità dalle connotazioni dell'atteggiamento psicologico dell'autore del fatto), ma in relazione all'oggettiva destinazione della condotta a fini diversi da quelli istituzionali o – a maggior ragione – contrari a quelli per i quali le funzioni o le attribuzioni o i poteri erano stati conferiti*”.

Posto che la p.a. è, come qualsiasi altro soggetto, destinataria della disciplina codicistica della responsabilità extracontrattuale, la medesima regolamentazione dovrà essere applicata nella sua interezza, di talché la Cassazione precisa *in primis* che il rapporto di causalità sarà interrotto in caso di fatto naturale o del terzo o dello stesso danneggiato che determini, di per sé solo, l'evento (*rectius*, l'illecito). In secondo luogo, troverà altresì applicazione l'art. 1227 c.c. a mente del quale, in caso di concorso nella causazione

⁴⁸ Nel richiamare i principi in tema di causalità nel diritto civile, la Cassazione ribadisce che la regola dell'equivalenza delle cause ex art. 41 c.p. deve essere temperata dal principio di causalità efficiente, “*in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se quest'ultima risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle regolari linee di sviluppo della serie causale già in atto*”. Dopo aver così determinato le serie causali, al fine di circoscrivere quelle che rilevano nella fattispecie in esame si deve verificare quali siano *ex ante* idonee a determinare l'evento in base al principio della causalità adeguata ovvero della regolarità causale.

⁴⁹ Sul criterio dell'occasionalità necessaria rispetto alla p.a., in dottrina si sono formati due opposti orientamenti. Secondo un primo indirizzo – tra i quali si ricorda V. TENORE - L. PALAMARA - B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit., pp. 14-15 – l'occasionalità necessaria con i compiti istituzionali verrebbe meno ogni qual volta il dipendente pubblico ponga in essere un reato doloso. Al contrario, altra parte della dottrina (J. ROCCHI, *I presupposti della responsabilità civile della P.A. per i reati commessi dai dipendenti: nota a Cass. pen., sez. VI, n. 44760 del 9 novembre 2015*, in *Cass. pen.*, n. 5/2016, p. 2054) ha affermato che “*L'esclusione in via di principio del nesso di occasionalità necessaria in presenza di un reato doloso del dipendente non sembra, tuttavia, cogliere nel segno dal momento che il nesso di occasionalità necessaria deve essere apprezzato da un punto di vista strettamente oggettivo, in riferimento all'agevolazione per la commissione del reato, costituita dall'espletamento delle mansioni*”.

dell'evento lesivo, una parte del danno dovrà essere imputata alla vittima che lo ha in parte subito e in parte causato.

Ciò poiché, secondo la Cassazione, la scelta legislativa di allocare gli effetti dell'attività svolta dai preposti in capo al preponente si può giustificare solamente allorché quest'ultimo possa prevedere le condotte dannose dei propri dipendenti e sia, pertanto, in grado di adottare le misure necessarie per prevenirne la verifica⁵⁰.

In conclusione, affinché la p.a. possa rispondere a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., il giudice deve accertare la sussistenza dei seguenti requisiti: (i) vi deve essere un nesso di occasionalità necessaria che colleghi la condotta dannosa del funzionario con le incombenze o i poteri a lui conferiti dal preponente pubblico e (ii) deve trattarsi di *“condotte raffigurabili o prevenibili oggettivamente [...] come sviluppo non anomalo dell'esercizio del conferito potere di agire, rientrando nella normalità statistica pure che il potere possa essere impiegato per finalità diverse da quelle istituzionali o ad esse contrarie e dovendo farsi carico il preponente delle forme, non oggettivamente improbabili, di inesatta o infedele estrinsecazione dei poteri conferiti o di violazione dei divieti imposti agli agenti”*.

Alla luce di tali considerazioni e avendo riguardo alla fattispecie concreta posta all'esame, la Cassazione ha disposto il rinvio della controversia alla Corte territoriale, in quanto nella fattispecie concreta la condotta appropriativa è stata senza dubbio resa possibile dalle funzioni di custodia attribuite al cancelliere, pur essendo quest'ultimo mosso da un fine meramente personale. Tra l'altro, il comportamento infedele del preposto non può essere considerato, secondo le Sezioni Unite, quale svolgimento imprevedibile delle suddette mansioni, con la conseguenza che la p.a. ben avrebbe potuto predisporre delle misure idonee ad evitare l'appropriazione delle somme in custodia.

4. Considerazioni critiche: dalla visione vittimologica alla tutela delle finanze pubbliche

I profili di innovatività della pronuncia in esame e le rilevanti ricadute che possono produrre sulle finanze pubbliche - posto che come da più parti⁵¹ evidenziato i giudizi di rivalsa introdotti dal Pubblico Ministero contabile nei confronti dei dipendenti pubblici dinanzi alla Corte dei conti molto raramente consentono di recuperare le somme corrisposte - rendono quanto mai necessaria una riflessione critica sulla portata del *decisum* delle Sezioni Unite. Più precisamente, il profilo che si pone al nostro esame riguarda la

⁵⁰ In senso conforme si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2015, n. 13799 e Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 33562.

⁵¹ Le gravi conseguenze sulla finanza pubblica prodotte dalle conclusioni a cui sono pervenute le Sezioni Unite nella sentenza n. 13246 del 2019 sono state evidenziate da V. TENORE, *“Occasionalità necessaria” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246)*, cit., n. 6/2019.

questione se effettivamente l'art. 2049 c.c. sia suscettibile di applicazione, nei termini descritti dalla Cassazione, anche nei confronti dell'amministrazione o se, piuttosto, in tal caso possa essere più corretto introdurre dei correttivi che tengano conto della sussistenza nel tessuto normativo dell'art. 28 Cost. e delle peculiarità che accompagnano il soggetto pubblico, nonostante le tendenze ad assimilare *tout court* gli enti pubblici ai soggetti privati.

Un primo tema che merita di essere approfondito attiene alla necessità di individuare correttamente la soglia di bilanciamento tra il diritto al risarcimento del danno del soggetto che ha subito la lesione e le esigenze di finanza pubblica⁵². In proposito, le Sezioni Unite risolvono la questione affermando che le generiche esigenze di tenuta dei conti pubblici non possono comportare il sacrificio della tutela dei diritti, di talché la p.a. ben potrebbe essere chiamata a rispondere a titolo di risarcimento del danno anche nei casi in cui il pubblico dipendente abbia agito per motivi esclusivamente personali.

Premesso che, come peraltro già osservato, il giudizio di comparazione tra i diversi interessi che vengono in considerazione spetterebbe al legislatore, non si può non concordare con quella parte della dottrina⁵³ che ha evidenziato che la scelta di gravare la p.a. dell'obbligo risarcitorio anche nelle ipotesi di reato commesso con dolo, di fatto, si traduce nell'attribuzione a quest'ultima di una funzione di garanzia, con la conseguenza che, essendo spesso il funzionario insolvente, le spese connesse graveranno sull'intera collettività.

Se questo meccanismo risulta essere senza dubbio ragionevole per quanto concerne le imprese, nei confronti delle quali l'art. 2049 c.c. è volto ad incentivare l'adozione di misure idonee ad evitare che i propri dipendenti pongano in essere condotte delittuose verso terzi, lo stesso risulta essere meno facilmente applicabile alle pubbliche amministrazioni. Con questo non si vuole dire che la p.a. non sia

⁵² Si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 683, secondo il quale la problematica della responsabilità della pubblica amministrazione è strettamente collegata all'esigenza "di conciliare la necessità di tutelare i cittadini di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai pubblici poteri, secondo i principi dello Stato di diritto, con quella di salvaguardare le pubbliche finanze da risarcimenti insostenibili, causati da interventi capaci di recare pregiudizio a collettività talvolta assai vaste". Il tema è stato lungamente approfondito da F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, n. 2/2018, pp. 493 ss., il quale ha evidenziato la necessità di occuparsi della questione del rapporto tra finanza pubblica e responsabilità civile dell'amministrazione in quanto "Da un lato, la sostenibilità del quadro finanziario pubblico è un valore costituzionalmente protetto che ha già spesso condotto la Corte costituzionale a legittimare forme di bilanciamento legislativo tra il medesimo e i diritti sociali. Dall'altro, sempre secondo il giudice costituzionale, il principio dell'integrale risarcibilità del danno è sicuramente bilanciabile con altri valori costituzionali".

⁵³ Sulla rilevanza della tenuta dei conti pubblici si veda V. TENORE, "Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), *op.ult.cit.*, p. 28, il quale sostiene che la giurisprudenza civile avrebbe, dilatando eccessivamente il concetto di occasionalità necessaria ex art. 2049 c.c., di fatto introdotto "una deroga al basilare principio della non assicurabilità dei sinistri cagionati con dolo codificato nell'art. 1900 c.c.: la P.A. è divenuta, senza volerlo, il garante-assicuratore verso terzi di danni arrecati da propri lavoratori che, in quanto dolosi, nessuna compagnia potrebbe assicurare". Sul rapporto tra l'art. 2049 c.c. e l'istituto dell'assicurazione si rimanda a P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 77, ove si legge che "Gli imprenditori considerano tali danni come elemento del rischio necessariamente collegato con l'esercizio dell'impresa, e coprono il rischio mediante contratti di assicurazione".

tenuta a vigilare sul comportamento dei propri dipendenti quando l'azione delittuosa non è del tutto imprevedibile, ma che il regime di responsabilità a cui è sottoposta la stessa non può prescindere dal tenere in considerazione *in primis* la portata dell'art. 28 Cost., che è bene ricordare non opera per i soggetti privati⁵⁴, e in secondo luogo le caratteristiche che conseguono dalla natura pubblica della persona giuridica.

A tal proposito, è utile riprendere le conclusioni a cui è pervenuta la Corte costituzionale⁵⁵ quando si è occupata della legittimità costituzionale dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni il quale, partendo da un punto di invalidità più basso rispetto a quello individuato nelle tabelle milanesi e prevedendo un tetto alla possibilità di personalizzazione del danno⁵⁶, pone un limite al diritto al risarcimento nel senso che il soggetto danneggiato non ha diritto ad ottenere l'integralità del danno.

Tale sistema è sempre stato considerato costituzionalmente legittimo dalla Consulta, sul presupposto che il principio della integralità del risarcimento del danno non assume rilevanza costituzionale e, pertanto, il legislatore può, per tutelare anche altri interessi, introdurre un tetto massimo alla tutela risarcitoria. Dunque, le limitazioni al risarcimento del danno non sono incostituzionali ogni qual volta questa comparazione di opposti interessi risulti essere ragionevole, come avviene nel Codice delle assicurazioni in cui i suddetti contemperamenti sono stati elaborati per ragioni di solidarietà sociale.

Questa esigenza di trovare un bilanciamento ragionevole si rinviene anche nella fattispecie in esame, in cui, sebbene non si debba, come sottolineato dalle Sezioni Unite, ritenere che la tutela delle finanze pubbliche possa *ipso iure* giustificare qualsiasi sacrificio, la protezione risarcitoria dovrebbe essere temperata - e non sacrificata - con l'opposto interesse di tenuta delle finanze pubbliche⁵⁷.

De iure condendo, una soluzione potrebbe essere quella di ritenere che la responsabilità indiretta della p.a. ex art. 2049 c.c. sia legata con la responsabilità del proprio dipendente da un rapporto di sussidiarietà aggravato dal *beneficium excussionis*, con la conseguenza che il terzo potrebbe rivolgersi nei confronti dell'amministrazione soltanto dopo aver escusso il dipendente pubblico. In tal modo, si perverrebbe ad un ragionevole equilibrio tra la necessità di garantire la tutela risarcitoria al danneggiato e l'esigenza di

⁵⁴ Come rileva anche V. TENORE, "Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), *op.cit.*, p. 24, il quale sottolinea che la responsabilità oggettiva ex art. 2049 c.c. "nasce per i padroni e committenti privati ed è di stretta interpretazione quale deroga al generale criterio di imputazione colposa di cui all'art. 2043 c.c. (recepito nel suddetto art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957)".

⁵⁵ Si veda Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235, che si è occupata del diritto all'integralità del risarcimento rispetto all'art. 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

⁵⁶ Ciò in quanto gli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni statuiscono che il giudice, pur potendo quantificare il danno oltre il risultato tabellare, debba rispettare delle soglie predefinite.

⁵⁷ In proposito, si rimanda a F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, cit., pp. 493 ss., secondo cui "Il bilanciamento di interessi tra finanza pubblica e risarcimento del danno trova fondamento innanzitutto nel patto sociale di cui agli artt. 2, 3 e 53 Cost.".

non gravare eccessivamente le finanze pubbliche, che per la loro stessa natura non possono essere equiparate in tutto e per tutto al patrimonio societario, facendo capo allo Stato-comunità nel suo complesso.

Tra l'altro, la natura sussidiaria della responsabilità della p.a. ex art. 2049 c.c. consentirebbe di distinguerla dalla responsabilità diretta prevista dall'art. 28 Cost.: infatti, mentre ai sensi della disposizione costituzionale l'amministrazione sarebbe solidalmente responsabile con il proprio funzionario, a cui è legata tramite il rapporto di immedesimazione organica, nel caso della responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. la p.a. risponderebbe in via sussidiaria. A ciò si aggiunga che, in tal modo, sarebbe altresì possibile valorizzare il profilo assai importante della natura dell'interesse che muove il dipendente ad agire, in quanto è innegabile che vi sia una differenza tra l'interesse egoistico e l'interesse istituzionale, il quale, fondando il rapporto di immedesimazione organica, ben può giustificare un regime aggravato di responsabilità in capo alla p.a..

Infine, la scelta di configurare la responsabilità ex art. 2049 c.c. come una responsabilità sussidiaria e di garanzia dello Stato avrebbe il beneficio di svolgere una funzione deterrente nei confronti dei dipendenti pubblici⁵⁸, i quali possono essere maggiormente motivati ad operare nella legalità dal timore di incorrere in una responsabilità patrimoniale esclusiva, piuttosto che essere solidalmente responsabili con la p.a.. La responsabilità indiretta ai sensi dell'art. 2049 c.c., riproponendo quella sorta di schermo che aveva spinto l'Assemblea Costituente ad introdurre l'art. 28 Cost., rischia di tradursi indirettamente in un vantaggio per il danneggiante il quale è consapevole che, ancorché ponga in essere con dolo una condotta delittuosa al fine di perseguire un proprio interesse personale, il risarcimento del danno sarà richiesto alla p.a. e solo successivamente, all'esito di un ulteriore giudizio di rivalsa, nei suoi confronti.

Dopo esserci soffermati sulla necessità di contemperare la tutela risarcitoria dei terzi con la tenuta delle finanze pubbliche, occorre porre l'accento su quella che, a parere di chi scrive, appare una incoerenza nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite della duplice responsabilità, diretta e indiretta, della p.a.. La Cassazione ha statuito chiaramente nella propria pronuncia che, laddove non fosse stata ammessa l'applicabilità dell'art. 2049 c.c., si sarebbe posto un problema di violazione del principio di uguaglianza formale, a seconda che il datore di lavoro sia un privato ovvero un ente pubblico.

Tale considerazione denota l'impostazione vittimologica accolta dalle Sezioni Unite, il cui intento principale è quello di tutelare il soggetto leso, assicurando che quest'ultimo possa effettivamente ricevere

⁵⁸ Sulla necessità che la responsabilità civile della P.A. svolga anche una finalità preventivo-deterrente si veda F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, op.cit., pp. 493 ss..

il risarcimento del danno da parte di un soggetto solvibile⁵⁹. Alla base di questa evoluzione giurisprudenziale, si rinviene la concezione della funzione della responsabilità civile accolta nel nostro ordinamento giuridico: non già una funzione punitiva bensì una funzione compensativa e risarcitoria, come dimostrato dal fatto che nel sistema civile è possibile risarcire soltanto i danni conseguenza e non anche il danno evento.

Accogliendo, tuttavia, una prospettiva vittimologica anche nel caso della p.a., alla quale la Costituzione dedica una specifica previsione (*rectius*, l'art. 28 Cost.), si incorre in una disparità di trattamento nei confronti della vittima a seconda del tipo di interesse, istituzionale o personale, perseguito dal dipendente nel porre in essere la condotta *non iure*.

In caso di interesse istituzionale il danneggiato deve dimostrare ex art. 2043 c.c., oltre al nesso di causalità e al danno subito, la responsabilità del danneggiante e l'elemento soggettivo, ossia deve provare che l'autore della lesione abbia posto in essere una condotta colposa o dolosa. Al contrario, laddove si accerti la sussistenza di un interesse egoistico, ai sensi dell'art. 2049 c.c. vi è un'inversione dell'onere della prova e la colpa del danneggiante è presunta (forma di responsabilità c.d. aggravata), con la conseguenza che spetterà eventualmente alla p.a. dimostrare l'insussistenza del rapporto di preposizione o che il fatto del funzionario non era in rapporto di occasionalità necessaria con le mansioni a lui attribuite o, ancora, che lo stesso non fosse prevedibile.

Pertanto si perviene al paradosso che, se il dipendente opera nell'ambito dell'interesse pubblico, la responsabilità della p.a. è attenuata rispetto a quella ex art. 2049 c.c. in cui il rapporto di compenetrazione tra la funzione pubblica e la condotta commessa è più labile, risultando quindi anche più difficile da esercitare il dovere di vigilanza che grava sull'amministrazione. Tale criticità non si rinviene allorché si verta in un rapporto di lavoro privato, quale appunto quello considerato dal legislatore quando ha elaborato l'art. 2049 c.c., in quanto nel tessuto normativo non è stata introdotta una norma analoga all'art. 28 Cost. con riferimento al datore di lavoro privato.

Alla luce di tali considerazioni e perplessità, si può ora passare all'analisi delle numerose problematiche connesse all'applicazione dell'art. 2049 c.c. alla p.a., che sono diretta conseguenza della scelta di non introdurre un regime speciale che tenga conto delle caratteristiche e delle esigenze del soggetto pubblico. Innanzitutto, come già esposto, l'art. 2049 c.c. rappresenta un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto

⁵⁹ Secondo V. TENORE, "Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), cit., p. 27, questa scelta di distribuzione del rischio spetterebbe al legislatore e non dovrebbe "essere frutto di judge made law, attraverso una dilatazione eccessiva del concetto di «occasionalità necessaria» con compiti istituzionali, quasi a dire che la mera fisicità pubblica del locus commissi delicti, possa di per sé ascrivere alla P.A. condotte dolose delinquenziali di propri infedeli dipendenti".

altrui che ammette una prova liberatoria particolarmente circoscritta, con la conseguenza che le finanze pubbliche sarebbero irragionevolmente (e quasi in automatico) comprese. Infatti, mentre la p.a. è chiamata in via oggettiva a risarcire il danno, nel successivo giudizio di rivalsa il dipendente pubblico può essere condannato soltanto se l'amministrazione dimostri il dolo o la colpa grave.

In secondo luogo, come è stato sottolineato da più parti in dottrina⁶⁰, l'interpretazione particolarmente estensiva che la giurisprudenza ha nel tempo reso del criterio di occasionalità necessaria ha comportato un'eccessiva estensione della portata dell'art. 2049 c.c. che, proprio trattandosi di una responsabilità oggettiva aggravata, andrebbe piuttosto applicata *cum grano salis*. In realtà, il rilievo delle motivazioni personali sottese all'*agere* del dipendente – e, quindi, con riferimento alla p.a. la distinzione tra interesse istituzionale e interesse personale – deve essere inquadrato proprio nell'esigenza, sentita da parte della giurisprudenza e della dottrina, di individuare un limite al campo di applicazione della norma in esame, così da evitare che il rischio economico del risarcimento dei danni gravi esclusivamente sul proponente⁶¹. In proposito, le Sezioni Unite sembrano opportunamente introdurre il limite della prevedibilità ed evitabilità del fatto dannoso commesso dal proprio dipendente⁶², così attenuando la portata dell'occasionalità necessaria, che non è sufficiente a fondare la responsabilità della p.a. tutte le volte in cui quest'ultima non poteva adottare alcuna misura volta ad impedire la realizzazione del fatto⁶³.

⁶⁰ In tema si veda F. BARTOLINI, *I preponenti, le occasioni e le necessità dell'art. 2049 c.c.*, in *Danno e resp.*, n. 12/2008, p. 1227, la quale evidenzia che il criterio dell'occasionalità necessaria è “*il più manipolabile a fini protettivi, fra i tre presupposti. Si aggiunge la circostanza che l'eccezionale vaporosità delle massime che regolano tale definizione ha reso possibile una dilatazione dei termini del presupposto in parola al punto che esso, nelle pronunce più recenti in tema di responsabilità ex art. 2049 c.c., a volte sembra confondersi con quello della preposizione*”. Tale tendenza è stata altresì sottolineata da Cass. civ., 22 ottobre 2004, n. 20588: “*L'evoluzione dei rapporti che ha caratterizzato le società moderne e lo sviluppo di nuove forme di collaborazione hanno indotto la giurisprudenza ad ampliare il novero dei casi cui applicare l'art. 2049 c.c. interpretandone estensivamente portata e limiti*”.

⁶¹ Sulla necessità di individuare un limite si rimanda a J. ROCCHI, *I presupposti della responsabilità civile della P.A. per i reati commessi dai dipendenti: nota a Cass. pen., sez. VI, n. 44760 del 9 novembre 2015*, cit., p. 2056, il quale ritiene che il suddetto limite “*si deve rinvenire nella assoluta esorbitanza dell'azione rispetto alle mansioni svolte, o nella totale eccentricità del reato rispetto allo sviluppo della funzione. Ma tali caratteri (esorbitanza, eccentricità) non sembrano condurre a risultati troppo distanti dall'orientamento opposto, che fa leva sull'agire per finalità personali sostituite a quelle della pubblica amministrazione*”.

⁶² In senso contrario, V. TENORE, “*Occasionalità necessaria*” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), cit., p. 25, secondo cui ritenere “*che condotte dolose e delinquenziali di un pubblico dipendente possano ritenersi «probabili, non anomale, prevedibili e prevenibili» per un datore pubblico (ma anche privato) ci sembra davvero inipotesizzabile in generale, e nel caso di specie in particolare*”.

⁶³ L'introduzione di tale temperamento è espressione della logica sottesa alla responsabilità oggettiva, la quale, a differenza della responsabilità per colpa, svolge la funzione di sollecitare la riduzione del rischio da parte di colui che ne può avere il controllo. In proposito, si rimanda a P. TRIMARCHI, *Rischio d'impresa e responsabilità oggettiva*, in G. ALPA - F. PULITINI - S. RODOTÀ - F. ROMANI (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 461, secondo cui “*In generale, l'imprenditore, dal quale dipende la scelta del materiale, delle macchine, del metodo di produzione, dal quale dipendono l'organizzazione e il ritmo del lavoro, e che ha il potere di far cessare in tutto o in parte l'esercizio dell'impresa, ha in mano tutte le leve per agire efficacemente sull'esistenza e sulle dimensioni del rischio*”.

Altro aspetto che merita di essere approfondito afferisce al rapporto di causalità, che è alleggerito⁶⁴ rispetto agli ordinari criteri penalistici ex artt. 40 e 41 c.p. i quali si applicano alla responsabilità aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c..

Invero, nella responsabilità per fatto degli ausiliari l'unico criterio che rileva attiene alla sussistenza del nesso di occasionalità necessaria, ossia del collegamento di cui si è detto tra le funzioni svolte e l'illecito commesso dal dipendente, con la conseguenza che non vi deve essere un rapporto di causalità bensì di occasionalità. Ne consegue che la mansione non deve essere necessariamente la *condicio sine qua non* dell'evento (*id est*, il fatto illecito), cosicché la norma trova applicazione anche quando, sebbene l'illecito si sarebbe potuto compiere anche fuori dalle mansioni, l'esercizio delle funzioni affidate al dipendente ne ha agevolato la commissione.

A tal proposito, le Sezioni Unite hanno sentito la necessità di chiarire il rapporto di occasionalità necessaria e di rimarcare i profili distintivi rispetto al rapporto di causalità, precisando che anche in tal caso devono trovare applicazione i principi della causalità adeguata. Ne consegue che il collegamento tra le mansioni e il danno-conseguenza deve essere sottoposto ad un giudizio controfattuale, oggettivizzato *ex ante*, di regolarità causale volto ad accertare se il verificarsi dell'evento fosse o meno prevedibile dal preponente pubblico.

Si osservi che, così facendo, la Cassazione ha introdotto un limite al campo di applicazione dell'art. 2049 c.c., limite che non viene più fatto coincidere con il fine soggettivo dell'agente ma con un giudizio controfattuale *ex ante* di probabilità o di regolarità causale: “*In tanto può giustificarsi, infatti, la scelta legislativa di far carico al preponente degli effetti delle attività compiute dai preposti, in quanto egli possa raffigurarsi ex ante quali di questi possano essere e possa prevenirli o tenerli in adeguata considerazione nell'organizzazione della propria attività quali componenti potenzialmente pregiudizievoli*”⁶⁵. In sintesi, il criterio soggettivo fondato sulla natura dell'interesse, egoistico o istituzionale, perseguito dall'agente viene sostituito da un criterio oggettivo di prevedibilità ed evitabilità, che pone invece l'attenzione sulla figura del preponente pubblico e, in special modo, su tutto ciò che è riferibile alla sua sfera di controllo.

Ciò nonostante, il regime probatorio è senza dubbio aggravato per la p.a., alla quale viene imputato un obbligo di particolare diligenza e il rischio della causa ignota, con la conseguenza che la stessa, qualora si verifichi il fatto illecito, non potrà andare esente da responsabilità qualora non provi di aver adottato tutte le misure idonee per impedire il verificarsi di quel determinato evento dannoso.

Seguendo l'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite, mentre nel caso dell'art. 2043 c.c. la responsabilità dello Stato deriverebbe dalla sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica, fortemente

⁶⁴ In tal senso, F. BARTOLINI, *I preponenti, le occasioni e le necessità dell'art. 2049 c.c.*, cit., p. 1221.

⁶⁵ Così Cass., Sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, par. 55.

caratterizzato dall'interesse istituzionale, la fonte della responsabilità delineata dall'art. 2049 c.c. è il rapporto di servizio in quanto tale, nonostante il rapporto di immedesimazione organica di cui sopra sia stato eliso dalla sussistenza di un interesse personale.

Da ultimo occorre chiedersi se il rapporto di servizio tra il funzionario pubblico e la p.a. possa essere effettivamente ricondotto nell'ambito della nozione di rapporto di preposizione. Sul punto, si osservi che la *ratio* sottesa alla formulazione dell'art. 2049 c.c. trova la sua ragion d'essere nella tutela del terzo e nella volontà di allocare il rischio, che in questo caso si concreta nel risarcimento del danno, in capo all'imprenditore⁶⁶. Si tratta del c.d. rischio di impresa⁶⁷, secondo cui il preponente è chiamato a rispondere dei danni causati dai propri dipendenti nell'esercizio dell'attività a cui sono preposti, tanto che, pur non essendo espressamente previsto nella norma, si ritiene che l'art. 2049 c.c. sia subordinato alla sussistenza di un presupposto ulteriore, ravvisato appunto nel carattere imprenditoriale dell'attività svolta dal preponente⁶⁸.

È evidente che la logica del rischio di impresa non possa trovare applicazione anche alla p.a.⁶⁹, posto che quest'ultima, come è noto, non può svolgere attività di impresa, non assumendo pertanto l'attività amministrativa carattere imprenditoriale. Pur non essendo questa la sede per ripercorrere nel dettaglio l'estraneità del rischio di impresa dalla sfera amministrativa, ci si limita qui a ricordare la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011, la quale ha ribadito che in linea di principio l'esercizio dell'attività di impresa è precluso agli enti pubblici, salvo che sia consentito in forza di una espressa previsione normativa. La ragione di detto divieto si rinviene nella volontà di evitare che l'attività imprenditoriale

⁶⁶ Si esprime in questi termini F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 721, ove si legge che “La responsabilità dei padroni e dei committenti si giustifica, come detto, in base all’assunzione del rischio imprenditoriale ovvero in base alla considerazione che costoro utilizzano le altrui energie al fine di ampliare la propria sfera di azione e dunque non possono non farsi carico anche delle attività illecite”. In senso contrario, si veda C. BIANCA, *Diritto civile. V La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 737–738, il quale ritiene che la responsabilità del preponente, sebbene coincida principalmente con quella dell'imprenditore, può sussistere anche nelle “ipotesi di rapporti associativi di lavoro (impresa familiare, cooperative di lavoro, ecc.) e di lavoro gratuito (ordini religiosi, associazioni di volontariato, ecc.)”.

⁶⁷ In argomento si veda P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 1 ss., il quale ritiene che l'art. 2049 c.c. sia una di quelle norme, presenti nel tessuto normativo, che dimostrano la sussistenza nel sistema civile di un principio di responsabilità oggettiva per il rischio di impresa. In particolare, l'Autore precisa che “la responsabilità per rischio svolge la sua funzione solo se applicata all'esercizio di attività economiche” (pag. 43), dovendosi trattare di “un'attività la quale sia frutto di una decisione economica, e che presenti un minimo di continuità e/o di organizzazione” (pag. 44).

⁶⁸ In tal senso, G. DE FAZIO, *L'art. 2049 c.c. nelle ipotesi di assenza di un rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 1281, il quale afferma che “La pronuncia ha poi ritenuto sussistente nella specie anche l'altro presupposto della responsabilità ex art. 2049 c.c., ossia «l'esercizio di attività di impresa ed il fine di lucro»”.

⁶⁹ Come sostenuto da E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, cit., p. 238, secondo cui “all'attività amministrativa non può applicarsi un sistema di responsabilità oggettiva. I danni, e quindi i costi derivanti da tale attività, non possono ripartirsi secondo il principio del rischio o del profitto che essa comporta e procura, perché nulla dice che la legge, nel prevedere e predisporre quell'attività abbia accolto quei criteri o altri o abbia addirittura voluto che il costo dei danni ricadesse sugli stessi danneggiati”.

possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione, così falsando il mercato⁷⁰.

Alla luce di quanto illustrato, appare dunque non condivisibile la scelta delle Sezioni Unite di estendere l'art. 2049 c.c. alla p.a. e di ricondurre nel rapporto di preposizione anche il rapporto di servizio intercorrente tra amministrazione e dipendente pubblico⁷¹, in quanto il rapporto di servizio e quello di preposizione non sono in tutto e per tutto assimilabili, essendo il datore di lavoro pubblico del tutto privo del carattere imprenditoriale, salvo le ipotesi previste *ex lege*. Ed è proprio questa considerazione, insieme alle riflessioni svolte in merito alla tutela delle finanze pubbliche e all'opportunità di evitare disparità di trattamento, che dovrebbe indurre quantomeno a rivedere l'impostazione seguita dai giudici di legittimità.

5. Riflessioni conclusive

Dall'analisi sin qui condotta, ciò che traspare dalla pronuncia delle Sezioni Unite è la difficoltà ad applicare l'art. 2049 c.c. alla p.a. qualora il dipendente pubblico commetta un reato strumentalizzando la mansione al fine di perseguire un proprio scopo.

Il punto di partenza da cui muove la Cassazione è che l'Assemblea Costituente, nell'elaborare l'art. 28 Cost., non abbia introdotto un regime speciale per lo Stato o gli altri enti pubblici che deroghi alla disciplina codicistica, con la conseguenza che dovrebbero trovare applicazione sia l'art. 2043 c.c. sia l'art. 2049 c.c.. A ben vedere, tale conclusione non sembra condivisibile, in quanto la responsabilità per fatto degli ausiliari, come sottolineato nel precedente paragrafo, sembra presupporre un'attività imprenditoriale del preponente e mal si concilia con la presenza nel tessuto normativo di un'altra disposizione che, sebbene nei casi di rapporto organico, prevede anch'essa una estensione di responsabilità, come avviene grazie all'art. 28 Cost..

Dalle argomentazioni sopra esposte si può pervenire a due diverse conclusioni: secondo una prima impostazione si potrebbe ritenere che l'art. 2049 c.c. non possa trovare applicazione nei confronti della p.a., sul presupposto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2043 c.c., la responsabilità civile di quest'ultima richieda necessariamente la sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica e, pertanto, dell'interesse istituzionale. Tale conclusione troverebbe altresì fondamento nella considerazione secondo cui l'art. 2049 c.c., come già ricordato, richiede il c.d. rischio di impresa, il quale è del tutto estraneo all'attività amministrativa, fermo restando i casi tassativamente previsti dalla legge.

⁷⁰ Sul punto si veda altresì Corte cost., 30 luglio 2008, n. 326 secondo cui è necessario “evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali”.

⁷¹ Contra, S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, p. 355, il quale, pur riconoscendo che l'art. 2049 c.c. “non sembra ricomprendere il rapporto che intercorre tra un privato e il soggetto pubblico”, ritiene che “questa norma esprime un «principio generalissimo» che giustifica la sua applicabilità anche nei rapporti di diritto pubblico”.

Al contrario, qualora si volesse accogliere la scelta di fondo delle Sezioni Unite di valorizzare la tutela risarcitoria della vittima del reato, sembra necessario introdurre un regime speciale⁷² della responsabilità oggettiva ex art. 2049 c.c. che tenga conto della tutela delle finanze pubbliche⁷³, delle peculiarità della persona giuridica pubblica e che eviti *ab origine* forzature della disciplina⁷⁴, che di per sé, per le ragioni già esposte, non troverebbe applicazione al soggetto pubblico.

Tra le diverse criticità che sono state evidenziate nel corso del presente lavoro, uno degli aspetti che merita di essere maggiormente sottolineato attiene alla necessità di assimilare l'onere probatorio che regola gli artt. 2043 e 2049 c.c., così da evitare che in caso di insussistenza del rapporto di immedesimazione organica si pervenga ad un regime più gravoso per la p.a..

Al fine di ricondurre ad unità il sistema, un altro ostacolo che dovrebbe essere superato concerne l'elemento soggettivo⁷⁵ che caratterizza il giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti in caso di danno erariale indiretto. Infatti, se il danno erariale consiste nella corresponsione alla vittima del reato del risarcimento del danno, causato dalla condotta illecita del dipendente che ha agito per un fine meramente personale, l'elemento soggettivo non può essere circoscritto al dolo e alla colpa grave, bensì dovrebbe essere soggetto allo stesso criterio di imputazione oggettivo che viene applicato alla p.a. ai sensi dell'art. 2049 c.c..

Da ultimo e con riferimento alla tenuta dei conti pubblici, un contemperamento all'operatività dell'art. 2049 c.c. potrebbe consistere nel riconoscere alla responsabilità della p.a. natura sussidiaria rispetto alla responsabilità in cui incorre il dipendente pubblico, con l'ulteriore precisazione che per la stessa dovrebbe valere il *beneficium excusationis*, di talché il dipendente dovrebbe sempre essere previamente escusso. In

⁷² In tema si rimanda a E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, cit., pp. 233 ss, il quale, pur escludendo che alla pubblica amministrazione si possa applicare lo schema della responsabilità oggettiva, propende per “*un sistema di responsabilità civile della pubblica amministrazione che trova nella specificità dell'azione amministrativa il fondamento delle sue caratteristiche*”.

⁷³ Così, F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, cit., pp. 493 ss., secondo cui “*sarebbe oggi opportuno riflettere seriamente sulla possibilità di bilanciare equilibrio delle finanze pubbliche e diritto al risarcimento del danno, magari nell'ambito di una più matura elaborazione della dottrina della “specialità” della responsabilità civile dell'amministrazione*”.

⁷⁴ In argomento, si veda E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, op.ult.cit., p. 236, il quale ha osservato in senso critico che l'automatica “*soggezione della pubblica amministrazione alle norme di diritto privato*” è possibile ma “*poiché per applicare quel principio è necessario trovarsi in presenza di situazioni uguali, la ricerca di situazioni uguali induce a lasciar cadere ciò che vi è di specifico*”.

⁷⁵ Il tema è affrontato anche da V. TENORE, “*Occasionalità necessaria*” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246), cit., p. 5, secondo cui la ricostruzione dell'elemento soggettivo ribadita dalle Sezioni Unite – in virtù della quale, la p.a. risponde ex art. 2043 c.c. per dolo o colpa od oggettivamente ex art. 2049 c.c., a differenza di quanto previsto dall'art. 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 per il dipendente pubblico che è chiamato a rispondere solo a titolo di dolo o colpa grave - dà luogo ad “*una opinabile dualità di criteri di imputazione del danno pur in presenza di una solidarietà passiva*”.



questo modo, laddove il funzionario adempia all'obbligo risarcitorio, si eviterà anche il secondo passaggio processuale del giudizio di rivalsa, con tutto ciò che ne comporta in tema di diverso grado della colpa.