

Conferme e novità in tema di responsabilità della pubblica amministrazione^(*)

Ennio Antonio Apicella

Avvocato distrettuale dello Stato di Catanzaro

SOMMARIO: 1. Responsabilità da attività provvedimentale e lesione della buona fede - 2. La funzione della responsabilità della pubblica amministrazione: cenni - 3. Buona fede e attività autoritativa - 4. Gli sviluppi recenti della responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito del dipendente - 5. Qualche rilievo conclusivo: responsabilità, clausole generali e certezza dell'attività amministrativa.

1. Responsabilità da attività provvedimentale e lesione della buona fede.

La responsabilità civile della pubblica amministrazione è tema tanto antico, quanto complesso.

Ricorda un recente e accurato lavoro monografico (1) che, già nel 1910, Vittorio Emanuele Orlando dichiarava che la questione della responsabilità dello Stato era «una delle più difficili e delle più controverse» (2).

Perché difficile e controversa? (3).

Anzitutto, perché richiede di coniugare il diritto privato con il diritto amministrativo, di operare l'interazione di due rami del diritto che non sempre sono in condizione di comunicare fluidamente tra loro, seguendo regole e principi che, spesso, si pongono - o, quantomeno, sembrano porsi - in antitesi.

L'interdisciplinarietà viene in gioco anche per un secondo profilo, che investe altresì la tutela risarcitoria: quello della dualità delle posizioni giuridiche che, com'è da tempo ampiamente noto, trova specifica copertura costituzionale (4).

La responsabilità civile è, infatti, un laboratorio nel quale si svolge il confronto tra le situazioni sostanziali, di diritto soggettivo e di interesse legittimo, dalla cui consistenza derivano non solo le modalità della tutela offerta dall'ordinamento, ma anche la scelta del plesso giurisdizionale.

Ed è proprio in seno a questo confronto che emerge, ormai, una comunanza di regole di comportamento, derivanti anche dall'applicazione di clausole generali che, nate per disciplinare le relazioni paritetiche (di diritto soggettivo, appunto), attingono ormai l'esercizio del potere autoritativo (il

^(*) *Intervento introduttivo, integrato da riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, al convegno di studi su "La responsabilità della pubblica amministrazione", organizzato dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro il 5 giugno 2024, presso la Sala del Tricolore della Prefettura di Catanzaro.*

(1) M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, Giappichelli, Torino, 2022, 2.

(2) V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, vol. IV, Firenze, 1910, 384.

(3) Per i rilievi che seguono, M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento*, cit., 2 ss.

(4) Il riferimento è a C. cost. 6 luglio 2004 n. 204.

rapporto amministrativo, se si preferisce utilizzare questa categoria), con implicazioni dai contorni ancora non del tutto definiti.

Mi riferisco soprattutto alla buona fede che, dal 2020, è assunta al rango di principio generale anche dell'attività amministrativa.

Com'è noto, il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (5), ha generalizzato una disposizione dell'ordinamento tributario, disponendo che i «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*» ed anzi, secondo l'Adunanza plenaria, la nuova norma «*ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione che trae fondamento dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'art. 97 cost.*» (6).

In proposito, la dottrina ha acutamente osservato che se si tratta di un «*canone dell'agire pubblicistico*» la sua attuazione deve avvenire in base alle regole che presidono l'esercizio del potere e tale esercizio, dopo la menzionata novella, è in grado di ingenerare un affidamento sul fatto che l'ente pubblico segua le regole della collaborazione e della buona fede (7).

Infatti, ormai da tempo, la contaminazione del modello autoritativo ha attinto l'affidamento, che ormai è considerato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato un canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo, sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo (8). La tutela dell'affidamento, correlata al principio di buona fede, costituisce un limite all'esercizio del potere, che impone all'amministrazione l'obbligo di bilanciare l'interesse da perseguire attraverso l'adozione del provvedimento finale con l'affidamento del destinatario dell'atto (9).

(5) Aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), legge 11 settembre 2020 n. 120, di conversione del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. "*decreto semplificazioni*").

(6) Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021 n. 21. Più di recente, nel senso che si tratta di principi immanenti al sistema, anche Cons. St., sez. II, 22 maggio 2023 n. 5072 e Cons. St., sez. III, 29 novembre 2023 n. 10244.

Avvertiva già F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, 49 ss., che la buona fede è un principio generale dell'ordinamento e, dunque, non è corretto far questione di trasposizione nel diritto pubblico di un principio di diritto privato.

(7) M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 12.

(8) Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021 n. 19. L'affidamento è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività dell'amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività: Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020 n. 5011.

(9) M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 139. Sulla tutela dell'affidamento come limite all'esercizio del potere, già F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano 1970, *passim*.

Del resto, la tutela dell'affidamento costituisce uno dei principi generali dell'ordinamento europeo, ai quali è assoggettata l'attività amministrativa in applicazione dell'art. 1, comma 1, della legge n. 241, a seguito delle modifiche introdotte nel 2005.

Nei rapporti di diritto amministrativo, dunque, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità dell'operato dell'amministrazione ai principi di correttezza e buona fede. A fronte del dovere di collaborare e agire secondo buona fede sorgono aspettative per il privato istante che si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui lesione è fonte di responsabilità per l'amministrazione (10).

Se collaborazione e buona fede rappresentano modalità di svolgimento della funzione, da esse è possibile enucleare una serie di regole di condotta che riguardano in particolare il procedimento amministrativo: siffatti doveri, infatti, sono da riferire non tanto al provvedimento amministrativo (momento statico), quanto al comportamento (momento dinamico), cioè al modo di formazione, di comunicazione, di interpretazione ed esecuzione del provvedimento. Il principio di buona fede «*riguarda precipuamente il modo in cui l'amministrazione agisce nell'assumere la decisione*» (11).

Su tali basi, il privato vanta una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'amministrazione, correlata all'obbligo di provvedere in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongano l'adozione di un provvedimento (12). Il principio di buona fede, quale canone dell'azione amministrativa autoritativa, ispira lo stesso obbligo dell'amministrazione di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (13) e impone di rimediare al colpevole ritardo nell'avvio dell'istruttoria procedimentale nei confronti dell'aspettativa del cittadino a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni amministrative (14).

(10) Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021 n. 21. Più di recente, Cons. St., sez. V, 28 novembre 2023 n. 10221; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024 n. 7574.

(11) S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della p.a.*, in *PA Persona e amministrazione*, 2018, 95, che richiama F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. GAROFALO, vol. III, Cedam, Padova, 2003, 472.

Più di recente, sulle ricadute dell'applicazione del principio di buona fede nel rapporto procedimentale, S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 29 ss.

(12) Già Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010 n. 3487.

(13) Cons. St., sez. III, 29 novembre 2023 n. 10244.

(14) Cons. St., sez. II, 22 maggio 2023 n. 5072.

2. La funzione della responsabilità della pubblica amministrazione: cenni.

Non meno rilevante è l'ultimo profilo dell'interdisciplinarietà, quello degli obiettivi che è in grado di perseguire il risarcimento accordato al soggetto danneggiato dall'attività amministrativa.

Si tratta del profilo della funzione, compensativa/repressiva o essenzialmente preventiva (15), da assegnare alla responsabilità civile della pubblica amministrazione che, naturalmente, risente del dibattito teorico ancora vivo nella migliore dottrina civilistica.

È noto, infatti, che la lettura tradizionale affida alla responsabilità civile il compito di soddisfare finalità di natura prevalentemente compensative o restitutive, in quanto il risarcimento consente di rimediare ad una perdita economica o ad una lesione del patrimonio. In questa prospettiva, l'obbligazione risarcitoria manifesta la reazione dell'ordinamento ad un comportamento giudicato illecito e richiede la comminazione di una sanzione, corrispondente al ristoro accordato.

Va ricordata, tuttavia, l'esistenza di una diversa prospettiva, propugnata dalla scuola economica, nella quale la previsione di determinati *standard* di legalità persegue l'allocatione efficiente delle risorse.

Infatti, «*in netta antitesi con l'approccio tradizionale, l'analisi economica del diritto è interessata a incentivi per un comportamento efficiente*», talché la norma giuridica, mediante la fissazione di un determinato *standard*, «*si prefigge realizzare un livello efficiente di prevenzione del danno, munito di un adeguato grado di deterrenza*» (16).

Se i danni cagionati dall'amministrazione non possono ricadere su cittadini e imprese, i rischi derivanti dalla sua attività amministrativa vanno “*socializzati*”: da ciò deriva l'ampliamento dell'area della risarcibilità, i cui costi vengono a gravare sulla finanza pubblica. La considerazione dei c.d. “*costi sociali*”, allocati alla collettività nel suo complesso, giustifica l'impiego di strumenti regolativi intesi a contenere o minimizzare tali costi, che non possono essere azzerati del tutto, mediante il ricorso all'azione preventiva, finalizzata ad impedire la causazione dell'evento pregiudizievole.

In quest'ottica, l'obiettivo della prevenzione del danno con un sufficiente livello di deterrenza è suscettibile di essere conseguito attraverso l'osservanza di canoni di diligenza, correttezza e buona fede.

L'adesione ad una delle suddette prospettive finisce per condizionare la ricostruzione del regime giuridico della responsabilità civile della pubblica amministrazione (17), anche se la logica della riduzione dei costi sociali appare

(15) Sul tema, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione: A) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 801 ss.

(16) Così, ancora M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 15, 17 ss.

(17) M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 802.

utilmente invocabile proprio nel caso di una responsabilità che coinvolge il corretto impiego delle risorse pubbliche.

3. Buona fede e attività autoritativa.

Emerge da queste brevi considerazioni tutta la complessità del tema, persino accentuata, come si diceva, dalla recente importazione da parte del legislatore, anche nell'attività autoritativa, di clausole generali, normalmente contrassegnate da quella che dottrina autorevole ha da tempo definito una «*indeterminatezza intenzionale*» (18), tale da consentire un adeguamento costante delle soluzioni adottate alle esigenze del caso concreto, in un'ottica rimediale ed alla stregua di parametri identificati dalla giurisprudenza (19). Si è detto che le clausole generali - «*sintagma da sempre connotato da profonda ambiguità e vaghezza*» - perseguono la finalità di rendere l'ordinamento maggiormente «*flessibile*» e «*aperto*» a determinate esigenze «*evolutive*» che si manifestano in seno alla società e al diritto (20).

Nell'ambito di questi «*sintagmi vaghi ed ambigui*» si collocano proprio i doveri di collaborazione e buona fede che, ormai legislativamente ricompresi nel novero dei principi generali dell'attività amministrativa, costituiscono canoni di condotta con i quali l'amministrazione deve quotidianamente misurarsi e integrano uno dei parametri che consentono di valutare, sul piano della liceità, anche l'agire pubblicistico.

Ebbene, se appare già ampiamente arato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, il campo della lesione della buona fede nell'attività negoziale della pubblica amministrazione, sembra ancora necessario soffermarsi sull'effettiva portata di tale condotta nell'attività autoritativa.

L'Adunanza plenaria ha chiarito che il dovere di collaborazione e buona fede ha portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata, ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento (21). In tal senso, l'introduzione di uno specifico vincolo per il privato di comportarsi secondo buona fede nei rapporti con l'amministrazione costituirebbe la vera essenza dell'art. 1, comma 2 *bis*, della legge n. 241, in quanto l'amministrazione è già tenuta, in funzione dei principi che governano l'esercizio del potere, al rispetto delle regole di condotta tipizzate

(18) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 709.

(19) A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 570.

(20) Così, M.C. CAVALLARO, *Buona fede*, cit., 134, che richiama V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 3.

(21) In quanto luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo: Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021 n. 21. Nel senso che la correttezza integra un dovere reciproco, che si impone anche alla parte privata, a sua volta gravata da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'amministrazione, già Cons. St., Ad. pl., 4 maggio 2018 n. 5.

nel procedimento ed alla tutela dell'affidamento come limite all'esercizio del potere (22).

Si configura, così, un rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione che, se genera in capo all'autorità amministrativa doveri di protezione (o, secondo taluni, obblighi correlati a diritti soggettivi), parimenti comporta una marcata responsabilità del privato, sia in seno al procedimento che riguardo al processo (23).

Sono affermazioni impegnative, probabilmente condizionate dalle fattispecie concrete sottoposte all'esame del Consiglio di Stato, in prevalenza relative a procedure di scelta del contraente nei contratti pubblici, che richiedono soluzioni rispondenti anche alle esigenze del diritto eurounitario.

In ogni caso, la giurisprudenza appare ormai decisamente orientata nel senso della portata generale dei doveri di collaborazione e buona fede, costruiti in modo da trascendere la responsabilità civile nel settore degli appalti pubblici ed investire l'intero ambito dell'attività autoritativa.

Occorre, allora, indagare se la violazione di quei doveri implichi l'invalidità del provvedimento, e dunque la sua potenziale inidoneità alla produzione dell'effetto giuridico, integrando violazione di legge o assurgendo a nuova e più moderna figura sintomatica del vizio di eccesso di potere, similmente alla irragionevolezza ed al difetto di proporzionalità.

Ovvero se, diversamente, si debba ritenere che la lesione della buona fede sia riconducibile all'endiadi regole di comportamento/di validità e, dunque, quale inosservanza di una regola di condotta, determini solo una responsabilità risarcitoria.

In proposito, di recente, l'Adunanza plenaria ha ribadito che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte (24), avendo in precedenza già chiarito che, *anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la cui violazione può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi libera-*

(22) Cfr. M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 146. Anche per M.G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 121, la novella del 2020 sarebbe particolarmente innovativa soprattutto perché impone i principi della buona fede e della collaborazione non solo all'amministrazione, ma anche al privato.

(23) Così, Cons. St., sez. III, 13 dicembre 2023 n. 10744.

(24) Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021 n. 21.

mente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento (25).

Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi ed anzi, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale. Essa, quindi, non deriva dalla lesione dell'interesse legittimo (26).

Pur in presenza di queste indicazioni giurisprudenziali, la dottrina si mostra divisa. Prevale la tendenza ad escludere che il dovere di buona fede sia regola sulla decisione, sanzionata con l'invalidità, e che la sua violazione integri vizio di legittimità del provvedimento amministrativo (27), anche se non manca chi si colloca in una diversa prospettiva, rilevando che l'espresso richiamo legislativo alla buona fede e alla collaborazione ne consente l'utilizzo quale vizio del provvedimento, in quanto violazione di norma di legge, essendo già conosciuti casi in cui alla violazione delle regole di "*comportamento*" consegue l'invalidità dell'atto (28).

Sembra, dunque, un dato acquisito che la responsabilità risarcitoria per lesione dei canoni di collaborazione e buona fede prescinda dall'invalidità dell'azione autoritativa e possa predicarsi, in generale per tutta l'attività autoritativa, anche in presenza di un provvedimento legittimo, in quanto violazione di regola di condotta.

Del resto, anche fuori dal settore dei contratti pubblici (a diretta rilevanza europea), si affacciano altre forme di responsabilità che ignorano, o sembrano poter ignorare, l'invalidità del provvedimento.

Il riferimento è ancora ad una modifica, nemmeno troppo recente, alla

(25) Cons. St., Ad. pl., 4 maggio 2018 n. 5, che tuttavia precisa che la violazione dei doveri di correttezza deve essere anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Da ultimo, nel senso che la responsabilità da comportamento prescinda dalla illegittimità del provvedimento, Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024 n. 7574.

(26) Come rileva già S. CIMINI, *Buona fede*, cit., 98.

(27) M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 68 ss., 73 ss., che distingue tra norme sulla formazione del provvedimento (sulla produzione) e norme attinenti esclusivamente alla condotta all'interno del rapporto; M.C. CAVALARO, *Buona fede*, cit., 137 s., 149.

(28) M.G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede*, cit., 112, 116, che richiama l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, quando l'omissione impedisce un apporto collaborativo capace di incidere sugli esiti procedurali, e l'omessa valutazione delle memorie o dei documenti presentati dai privati rilevanti ai fini della decisione. Nel senso che la buona fede opera non solo in funzione di tutela dell'affidamento generato da un precedente provvedimento dell'amministrazione, ma anche come regola sulla formazione della decisione, già F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 64.

legge sul procedimento amministrativo e, segnatamente, all'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge 241 (29), in tema di annullamento d'ufficio.

In proposito, il Consiglio di Stato (30) pur ribadendo la natura discrezionale degli atti di esercizio dell'autotutela (e la correlata incoercibilità del potere di annullamento d'ufficio), ha ritenuto di dover contestualmente richiamare la previsione normativa secondo la quale *“rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al «mancato annullamento» del provvedimento illegittimo”*.

Sembra, allora, che questa responsabilità risarcitoria sanzioni (o sia destinata a prevenire, nella prospettiva della scuola *«economica»*) non solo lo scorretto esercizio della discrezionalità nella forma del diniego di autotutela, ma persino il mancato esercizio del potere di riesame, pur rimanendo fermo il suo carattere non doveroso.

Si prospetta, ancora una volta, una responsabilità risarcitoria da mero comportamento, autonoma da quella che discende dall'illegittimità dell'azione amministrativa (non sussistendo, appunto, il dovere di pronunciare sull'istanza di autotutela) e, forse, neppure condizionata dalla spettanza del bene della vita.

4. Gli sviluppi recenti della responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito del dipendente.

Una evoluzione diversa, ma contrassegnata anch'essa da divergenze ricostruttive e dagli inevitabili ondeggiamenti che le accompagnano, ha seguito - questa volta dinanzi al giudice ordinario - la responsabilità civile della pubblica amministrazione per fatto materiale del dipendente, anche costituente reato.

Anche su questo tema, com'è noto, si fronteggiano due distinti orientamenti in ordine al criterio di imputazione della responsabilità.

Alla fine dello scorso decennio, la Corte suprema (31) ha ripudiato il tradizionale criterio di imputazione *«pubblicistico»*, fondato sull'art. 28 Cost. e sul rapporto di immedesimazione organica tra l'ente pubblico e il dipendente, abbandonando la consueta ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione come forma di responsabilità soggettiva e diretta.

Le Sezioni Unite civili hanno adottato il diverso criterio *«privatistico»*, già prevalso nella giurisprudenza delle sezioni penali (32), che valorizza il rapporto di preposizione tra l'amministrazione e il dipendente secondo l'art. 2049 c.c. e che qualifica la responsabilità dell'ente pubblico come oggettiva e indiretta, da ritenersi sussistente anche quando l'agente abbia perseguito fina-

(29) Come modificato dall'articolo 25, comma 1, lettera b-*quater*, n. 2), del D.L. 12 settembre 2014 n. 133 (conv., con mod., in legge n. 164/2014).

(30) Cons. St., sez. III, 30 giugno 2023 n. 6361.

(31) Cass., sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246, seguita, tra le altre, da Cass. 6 luglio 2023 n. 19149.

(32) *Ex plurimis*, Cass. pen. 3 aprile 2017 n. 35588; Cass. pen. 20 gennaio 2015 n. 13799.

lità egoistiche e personali, sempre che sussista un rapporto di occasionalità necessaria tra la condotta dannosa e le mansioni espletate.

La Corte ha chiarito che il criterio di imputazione fondato sul rapporto di preposizione dell'art. 2049 c.c. opera in riferimento ai comportamenti compiuti dai pubblici dipendenti nell'esercizio delle loro incombenze, mentre il diverso criterio che valorizza il rapporto di immedesimazione organica resta applicabile in riferimento agli atti compiuti dagli organi nell'esercizio delle loro funzioni, in conformità a quanto avviene per gli enti privati.

In tal senso, con specifico riguardo al comportamento penalmente illecito, divengono irrilevanti le finalità esclusivamente personali od egoistiche per le quali abbia agito il dipendente, rivelandosi invece decisiva la sussistenza di un nesso di «*occasionalità necessaria*» tra la condotta dannosa e le funzioni o i poteri del dipendente (33). Tale rapporto deve ritenersi sussistente ove la condotta illecita non sarebbe stata possibile senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri, dovendo ricostruirsi questo specifico nesso facendo «*applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta*».

La responsabilità della pubblica amministrazione deve, invece, escludersi oltre che nei casi in cui l'illecito non sia stato in alcun modo occasionato dai compiti svolti dal dipendente in seno all'amministrazione, anche nelle ipotesi in cui la condotta, pur collegata con l'esercizio (scorretto) delle funzioni espletate, ne costituisca uno sviluppo assolutamente imprevedibile ed eterogeneo.

5. Qualche rilievo conclusivo: responsabilità, clausole generali e certezza dell'attività amministrativa.

Le considerazioni che precedono manifestano tutte le complessità del tema della responsabilità della pubblica amministrazione e le sue varie implicazioni, che non sono esclusivamente di ordine teorico (34), ma si riflettono immediatamente sul piano applicativo e sul concreto svolgimento dell'attività amministrativa.

L'applicazione nell'attività autoritativa del principio di buona fede e dei suoi corollari - doverosa collaborazione e tutela dell'affidamento - deve necessariamente essere conciliata con altri principi che reggono l'esercizio della

(33) In dottrina, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 805 e, per un'aspra critica a tale orientamento, 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, in www.giustamm.it, n. 6, 2019 e in www.giustiziacivile.com, 2019.

(34) Si vedano le acute osservazioni su potere e responsabilità di O. ABBAMONTE, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Atti del convegno di studi organizzato dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2024, 47 ss.

funzione amministrativa ed ai quali deve essere riconosciuta pari dignità, soprattutto perché si riflettono sulla qualità della risposta che l'amministrazione è in grado di fornire al Paese.

Va scongiurato il rischio che le forme sempre più sofisticate di responsabilità della pubblica amministrazione e, soprattutto, l'ampio margine interpretativo e l'inevitabile grado di indeterminatezza che discende dall'utilizzazione di clausole generali per la definizione dei doveri di comportamento, finiscano per indurre la dirigenza pubblica alla «*fuga dalla decisione*» - espressione di quella che è stata chiamata «*amministrazione difensiva*» -, incidendo sull'efficacia complessiva dell'azione amministrativa e sulla sua tempestività.

La dottrina più avveduta osserva che, a prescindere dalle difficoltà di ricercare una nozione unitaria di buona fede, appare problematico cogliere anche la «*colorazione*» di tale concetto nell'intenzione del legislatore che ha riformato la legge n. 241 del 1990 e che il ricorso a clausole generali rimette all'interprete, sia esso giudice o funzionario amministrativo, il compito di individuare la regola del caso concreto: si pone così il problema dell'opportunità del rimando alle clausole generali e del difficile equilibrio che l'ordinamento deve assicurare (35).

Del resto, si è segnalato che l'obbligo di salvaguardare l'interesse altrui (in un quadro di reciprocità e nei limiti del ragionevole sacrificio dell'interesse proprio), mutuabile dal richiamo alla collaborazione ed alla buona fede contenuto nell'art. 1 legge n. 241 cit., non può essere quello della relazione tra privati, ma, una volta che tale obbligo sia spostato sul versante della relazione di potere, esso richiede una delimitazione (36).

La fisiologica ambiguità delle clausole generali alle quali si affida il legislatore e persino lo stesso, non facile, discrimine tra regole di comportamento e regole di validità, finiscono per collocare le scelte amministrative in un quadro di elevata incertezza, privandole di solide coordinate di riferimento, che appaiono oggi, ancor più che nel passato, indispensabili per il corretto esercizio del potere pubblico.

Sul parallelo versante della responsabilità per fatto illecito del dipendente, anche per il breve lasso di tempo trascorso dal radicale mutamento di prospettiva operato dalla Corte suprema, non ne sono ancora chiare fino in fondo le conseguenze applicative, soprattutto in relazione all'ampio catalogo dei comportamenti devianti tenuti dai pubblici dipendenti. Sembra, tuttavia, di poter affermare che l'attività amministrativa assume sempre più la fisionomia di una attività pericolosa, tratto che comporta per i vertici dei pubblici uffici una consistente dote di doveri di prevenzione delle condotte anomale, di vigilanza sul personale e di correlate responsabilità individuali.

(35) M.C. CAVALLARO, *Buona fede*, cit., 133 ss.

(36) S. TORRICELLI, *Buona fede*, cit., § 1.

Va comunque pienamente condivisa l'autorevole osservazione (37) che non tutti i problemi e le disfunzioni amministrative possono essere risolte con il risarcimento del danno. Occorre, piuttosto, adoperarsi per evitare il danno.

Bisogna, quindi, anzitutto aggredire le ragioni degli illeciti ed eliminare le condizioni che fanno vivere i funzionari pubblici nella paura di commetterli. Queste ragioni sono molteplici: l'inadeguatezza delle risorse, il cattivo riparto delle competenze, le carenze nella selezione e nella formazione del personale e, soprattutto, la cattiva qualità delle norme.

In quest'ottica, si è detto che andrebbero valorizzati gli stati emotivi del funzionario, tra cui la fiducia, conducendoli nel recinto della buona amministrazione, quali condizioni necessarie per una ridefinizione dell'organizzazione e dell'azione dei pubblici poteri (38).

Ancora, un contributo significativo alla paura del funzionario di commettere un illecito si può ascrivere ad alcuni orientamenti giurisprudenziali, quelli che fanno il contenuto delle leggi, e determinano il terrore di prendere decisioni, il ripararsi dietro forme procedurali (39).

Il problema della responsabilità dell'amministrazione, dunque, va affrontato non solo individuando le condizioni per il risarcimento del danno, ma anche adoperandosi per avere strutture adeguate alle funzioni, norme ordinate e ragionevoli, personale pubblico ben selezionato e costantemente formato: in sintesi, per evitare che le amministrazioni commettano atti illeciti (40).

(37) B.G. MATTARELLA, *Conclusioni*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Atti del convegno di studi organizzato dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2024, 167.

(38) Per questa originale chiave di lettura, che propone di rivedere profondamente la teoria della immedesimazione organica per fare riferimento alla sfera psichica del funzionario o del titolare dell'organo, N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 124 ss.

(39) O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 51

(40) Così, B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 168.