

LA RESPONSABILITA' CIVILE DELLO STATO O DELL'ENTE PUBBLICO PER FATTO DEL DIPENDENTE, TRA GIURISPRUDENZA PENALE E CIVILE

*Roma, mercoledì 27 marzo 2019
Corte Suprema di cassazione, aula Giallombardo*

REPORT

a cura della d.ssa Maria Elena Mele, magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte

PREMESSA

In data 27 marzo 2019, presso aula Giallombardo della Suprema Corte di cassazione si è svolto l'incontro di studio organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione dal titolo *“La responsabilità civile dello Stato o dell'ente pubblico per fatto del dipendente, tra giurisprudenza penale e civile (a margine di Cass., ord. 5 novembre 2018, n. 28079)”*.

Hanno presentato l'incontro il Consigliere della Corte di Cassazione Angelina-Maria Perrino e il Sostituto Procuratore Generale della Corte di cassazione Giovanni Giacalone.

Il Consigliere **Angelina-Maria PERRINO** ha osservato come l'incontro, pur inserendosi in uno schema ormai collaudato, in quanto prodromico all'udienza delle Sezioni unite in cui verrà trattata la questione che ne costituisce l'oggetto, tenta per la prima volta di far dialogare esperti del settore civile e di quello penale per trovare un punto di vista condiviso.

La questione della responsabilità civile dello Stato per l'illecito del dipendente si presta a tale metodologia di lavoro in quanto, non soltanto ha profili di interferenza e interconnessione tra diritto civile e diritto penale, ma ha anche addentellati anche con altri settori del diritto. Innanzitutto, ha riflessi nel diritto del lavoro, come evidenziano quelle decisioni che si sono occupate del diritto del dipendente pubblico al rimborso delle spese legali quando, per fatti non riferibili alla tutela dei diritti della PA, questa si sia costituita parte civile nei confronti del dipendente e abbia assunto una iniziativa disciplinare. In queste ipotesi, ai fini della valutazione sulla sussistenza del diritto al rimborso da parte del dipendente, la giurisprudenza si interroga sulla idoneità della condotta del dipendente ad incidere sul rapporto di lavoro che lo lega alla PA datrice di lavoro.

Il tema in esame è, altresì, collegato con quello affrontato dalle Sezioni unite nella sentenza n. 8129 del 2011 che, sia pure in tema di giurisdizione della Corte dei conti, ha affermato che i fatti costituenti illeciti contabili sono riferibili alla persona giuridica stessa quando, benché costituenti reato ed esorbitanti dal mandato, non siano stati compiuti per interessi meramente personali e su iniziativa esclusivamente individuale dell'amministratore, bensì attengano allo svolgimento dei poteri di amministrazione concretamente conferiti e soddisfino interessi propri del soggetto giuridico rappresentato.

Il Sostituto Procuratore Generale della Corte di cassazione, **Giovanni GIACALONE** ha evidenziato come la questione oggetto dell'incontro attenga alla riferibilità all'ente pubblico della condotta illecita del dipendente e alla individuazione dei limiti oltre i quali il rapporto organico si spezza.

Ha introdotto i lavori il Presidente di sezione della Corte di cassazione, **Giacomo TRAVAGLINO**, che ha effettuato una sintetica ricostruzione storica della problematica della responsabilità civile dello Stato per fatto illecito del dipendente, rilevando come essa fosse già dibattuta prima dell'entrata in vigore della Costituzione. La dottrina amministrativa, distinguendo tra atti di imperio e atti di gestione, in un primo tempo limitava ai soli atti di gestione tale la responsabilità, per poi successivamente estenderla a qualunque tipo di attività del dipendente, configurandola come responsabilità diretta da immedesimazione organica.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si sono contrapposti due criteri: uno pubblicistico che ebbe una serie di sotto interpretazioni, la prima delle quali ravvisava la responsabilità diretta del dipendente, e una responsabilità solo sussidiaria dell'ente pubblico. Tale interpretazione fu presto abbandonata e si cominciò a costruire un sistema dove il dubbio era quello della ascrivibilità a titolo diretto o indiretto della responsabilità diretta all'ente pubblico.

Vi era poi un criterio privatistico che faceva leva sul rapporto di preposizione ex art. 2049 c.c. e che configurava la responsabilità come oggettiva per fatto altrui. In questa ricostruzione, tuttavia, si poneva il problema di individuare il limite oltre il quale il rapporto di preposizione si spezza.

Il Presidente ha precisato che l'oggetto della discussione atteneva e attiene tuttora alle forme di responsabilità, diretta o indiretta, e ai criteri di imputazione di quella responsabilità (contrattuale o extracontrattuale), mentre resta del tutto estranea al tema la questione del nesso di causalità.

Il criterio privatistico, lavorando sull'art. 2049 c.c., ha posto il problema del limite oltre il quale il rapporto institorio si spezza.

Le tre giurisdizioni hanno utilizzato tre criteri diversi per risolvere tale questione.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che tale rapporto di preposizione si interrompa quando l'atto del dipendente è doloso e ritiene che in tal caso il danno cagionato dal dipendente non sia risarcibile da parte dell'Amministrazione.

La giurisprudenza civile, invece, è orientata in via prevalente, ma non uniforme, nel senso di ritenere che tale rapporto si interrompa nel caso di totale dissociazione dell'atto dai fini dell'ente e di non riconducibilità alle finalità istituzionali.

La giurisprudenza penale interpreta il criterio del nesso occasionalità necessaria in modo più elastico, come sufficienza del rapporto institorio. La domanda che si pone per stabilire se sussista la responsabilità della PA è: "il dipendente avrebbe potuto commettere l'illecito se non avesse ricoperto quelle funzioni?".

Le risposte date dalle sentenze della Cassazione penale dal 2015 in poi ampliano non di poco l'area della responsabilità dell'ente pubblico, individuando tuttavia un correttivo nella non assoluta imprevedibilità della condotta del dipendente. Si tratta, però, di un criterio elastico tant'è che poi si è ritenuto non assolutamente imprevedibile la condotta della maestra d'asilo che aveva commesso reati di violenza sessuale nei confronti dei bambini.

Ha quindi preso la parola il Consigliere della Corte di cassazione **Augusto TATANGELO** che ha illustrato l'ordinanza della Sezione 3 della Cassazione che ha rimesso la questione alle Sezioni unite.

Ha, innanzitutto, descritto la fattispecie concreta oggetto di quella pronuncia nella quale il cancelliere di un tribunale si era appropriato delle somme versate su libretti di deposito da lui custoditi per ragioni d'ufficio. In relazione a tale condotta, il cancelliere era stato condannato per il reato di peculato. Il proprietario del denaro aveva agito chiedendo il risarcimento del danno nei confronti del cancelliere e del Ministero della giustizia. La decisione del tribunale che aveva condannato il Ministero era stata ribaltata dalla Corte d'appello la quale ha affermato che, affinché sussista la responsabilità della PA, il cui fondamento risiede nel rapporto di immedesimazione

organica, è necessario che l'attività del dipendente sia riferibile alla PA. Ciò presuppone che la condotta del dipendente tenda al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente, mentre se agisce per un fine egoistico la responsabilità non sussiste. Sulla base di tale ragionamento la Corte d'appello ha rigettato la domanda di risarcimento del danno nei confronti del Ministero.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite ha quindi operato un inquadramento della natura diretta o indiretta della responsabilità della P.A. per il fatto illecito del pubblico dipendente, affermando che al riguardo si confrontano due tesi: quella che fonda la responsabilità della P.A. sull'art. 2043 c.c. e la qualifica come responsabilità diretta, basata sul rapporto di immedesimazione organica, e la tesi che ne ravvisa il fondamento nell'art. 2049 c.c., il quale configura una responsabilità indiretta oggettiva del preponente per il fatto del preposto (ovvero, secondo una tesi ormai superata, come responsabilità per *culpa in vigilando*).

Ha precisato, inoltre, l'ordinanza che la giurisprudenza civile di legittimità, se in un primo tempo aveva seguito la seconda ricostruzione basata sull'art. 2049 c.c., attualmente aderisce alla tesi del rapporto di immedesimazione organica, in quanto l'art. 28 Cost. non ha inteso immutare la natura della responsabilità diretta e sancire quello della responsabilità indiretta, ma ha solo voluto sancire, accanto la responsabilità della PA, quella dell'autore del fatto. La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che, oltre alla responsabilità diretta dell'Amministrazione, sussista anche quella indiretta, basata sull'art. 2049 c.c. e richiama in tal senso alcune sentenze della Corte di cassazione.

Il relatore osserva che l'ordinanza ricostruisce il contrasto esistente come un contrasto tra giurisprudenza civile e giurisprudenza penale della Cassazione. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza civile fonda la responsabilità della PA sul rapporto di immedesimazione organica e richiede la riferibilità della condotta del funzionario alla PA anche se posta in essere con abuso di potere, mentre la esclude se posta in essere per fini egoistici e personali.

La giurisprudenza penale, invece, afferma che, anche se il fatto è commesso per fini personali, è sufficiente a fondare la responsabilità della PA la circostanza che esso sia stato realizzato sfruttando l'adempimento delle funzioni. Nota l'ordinanza che questo orientamento, è espresso dalla Sez. 5 penale la quale ritiene applicabile l'art. 2049 c.c. e che si pone in consapevole contrasto con altro orientamento della giurisprudenza penale che invece è analogo a quello delle sezioni civili e che è stato ribadito da una sentenza del 2015 della stessa sez. 5 penale.

L'ordinanza, inoltre, evoca la diversa problematica concernente l'applicazione dell'art. 2049 c.c. in tema di responsabilità delle banche e delle società di intermediazione finanziaria per fatti illeciti dei dipendenti e dei promotori e osserva come la giurisprudenza civile ricostruisce tale responsabilità in termini molto ampi, analoghi a quelli della giurisprudenza penale che fa riferimento al criterio della occasionalità necessaria anche nel caso di fatti commessi per fini egoistici del dipendente. Fa salva solo la particolare ipotesi di fittiva acquiescenza alla violazione delle regole che gravano sul dipendente/promotore da parte del danneggiato.

Così ricostruita l'ordinanza, il relatore ritiene che essa segnali alle Sezioni unite una serie di contrasti. Innanzitutto, quello tra la giurisprudenza civile tradizionale e la recente giurisprudenza penale in ordine all'argomento principale, cioè la responsabilità della PA per fatto del funzionario pubblico.

È poi segnalato un contrasto all'interno della giurisprudenza penale tra un orientamento tradizionale e uno più recente.

Infine, si evidenzia come, anche nell'ambito della giurisprudenza civile, accanto alle decisioni che hanno affermato la responsabilità della PA sulla base del nesso di immedesimazione organica, ci sono sentenze che l'hanno affermata in relazione all'art. 2049.

Da ciò consegue, ad avviso del relatore, che se è certo che alle Sezioni unite viene chiesto di chiarire, in primo luogo, se l'art. 2049 c.c. si applichi all'Amministrazione, tuttavia la lettura

complessiva dell'ordinanza di rimessione porta a ritenere che la vera problematica prospettata (benché non in modo esplicito) sia quella di individuare i criteri applicativi e il fondamento del 2049 c.c., e in particolare i caratteri del c.d. nesso di occasionalità necessaria.

Il consigliere TATANGELO ha rilevato che negli ultimi 20 anni non ci sono sentenze della giurisprudenza civile che rigettano la domanda di risarcimento del danno sul presupposto che l'art. 2049 c.c. non si applichi alla PA. Tutte le sentenze che affermano che l'art. 28 Cost. richiede il rapporto di immedesimazione organica, o concludono per la condanna della PA, oppure, fatta questa premessa, analizzano se sussista o meno il nesso di occasionalità necessaria.

Allora il contrasto sulla applicabilità all'Amministrazione dell'art. 2049 c.c. è un contrasto più apparente che reale perché la sua risoluzione non definisce i problemi sollevati dall'ordinanza di rimessione.

Il contrasto reale è quello di individuare i caratteri del nesso di occasionalità necessaria. Su questo si confrontano sia in dottrina che in giurisprudenza due tesi. Una tesi oggettiva, per la quale è sufficiente per affermare la responsabilità della PA che le mansioni svolte dal pubblico dipendente abbiano agevolato la commissione dell'illecito (nel senso che lo svolgimento della funzione è la ragione del contatto con soggetti estranei che altrimenti non avrebbero avuto motivo di entrare in rapporto con l'autore del fatto illecito). C'è poi una tesi funzionale, in base alla quale occorre che l'illecito costituisca uno sviluppo non del tutto imprevedibile (concetto che ricorre anche nella giurisprudenza penale) sia pure come degenerazione ed eccesso delle mansioni. Occorre che il dipendente abbia perseguito finalità coerenti con quelle delle mansioni che gli sono state affidate.

I sostenitori della teoria oggettiva ritengono che l'altra soluzione limiterebbe eccessivamente la tutela del danneggiato e non sarebbe coerente con i valori costituzionali. Inoltre, poiché riconosce alla P.A. l'azione di regresso nei confronti del preposto, questi, se solvibile, sarebbe poi l'unico a pagare.

La teoria oggettiva, invece, porrebbe il risarcimento a carico del preponente che sarebbe solvibile e potrebbe garantirsi attraverso l'assicurazione. Inoltre, garantirebbe davvero la tutela del danneggiato anche nell'ipotesi in cui non si riesca a individuare l'autore illecito.

I sostenitori della tesi funzionale ritengono che, affermare sempre e comunque, la responsabilità del preponente la estenderebbe eccessivamente, mentre sarebbe corretto, come fanno altri ordinamenti, consentire al preponente di provare che il dipendente ha agito fuori delle funzioni affidategli senza autorizzazione.

Il cons. TATANGELO ha osservato, tuttavia, che dall'esame della giurisprudenza risulta che non sempre l'accoglimento del criterio apparentemente più rigoroso porti ad escludere la responsabilità della PA e viceversa.

In definitiva, sostiene che le Sezioni unite, in realtà, saranno chiamate a chiarire essenzialmente il problema dell'ampiezza del criterio dell'occasionalità necessaria e il limite della prevedibilità dello sviluppo abusivo delle funzioni.

Ha preso quindi la parola il Presidente di sezione della Corte di cassazione **Carlo DE CHIARA** il quale concorda sulla circostanza che il problema posto non è tanto quello di stabilire se la responsabilità debba essere ricondotta all'art. 28 Cost. o all'art. 2049 c.c. ma, piuttosto, se si tratti di responsabilità diretta o indiretta. In questa questione l'art. 28 Cost è irrilevante in quanto si limita a stabilire che il pubblico funzionario è responsabile delle proprie condotte e insieme a lui lo è la PA

Il tema posto dall'ordinanza di rimessione è stabilire se rilevi, e fino a che punto, ai fini della imputazione della responsabilità alla PA dell'atto del funzionario pubblico, il fine soggettivo, cioè la circostanza che abbia agito per fini esclusivamente personali.

La soluzione del problema presuppone di affrontare innanzitutto l'inquadramento teorico della responsabilità della PA anche se essa poi non determina automaticamente la soluzione della questione posta dall'ordinanza.

Ricorda che la responsabilità diretta è sostenuta sulla base del rapporto organico. L'organo della persona giuridica, quando compie un atto del suo ufficio, esprime l'ente, e l'atto è direttamente imputato ad esso il quale risponde direttamente e in concorso con il dipendente. L'aspetto critico di tale inquadramento della responsabilità è che della nozione di organo si è data un'interpretazione troppo ampia: tale non è solo chi compie attività provvedimentale e negoziale, ma anche chi svolge attività materiale e pertanto anche questa è imputata all'Amministrazione. Questa accezione ampia ha determinato l'esigenza di porre limiti sicché la dottrina amministrativistica pone come condizione per affermare la responsabilità dell'amministrazione che non sia stato commesso un reato doloso, in quanto il dolo interrompe il rapporto organico e impedisce l'attribuzione dell'atto alla PA.

Questa tesi è superata dalla giurisprudenza civile secondo la quale, a prescindere dal dolo, è determinante la circostanza che l'atto non sia stato commesso per fini egoistici, contrari a quelli dell'amministrazione di appartenenza.

Secondo la teoria institoria, invece, l'amministrazione risponde ex 2049 c.c. per il fatto del dipendente in forza del principio per cui *cuius commoda eius et incommoda*, per il fatto di avvalersi dell'attività di questa persona. È una sorta di garanzia che il preponente deve assumere per il comportamento del preposto. È una responsabilità oggettiva per fatto altrui per cui non è ammessa prova liberatoria. Ai fini della sua sussistenza è indispensabile il nesso di occasionalità necessaria che è qualcosa di più ampio rispetto al nesso di causalità in quanto include tutte le fattispecie in cui l'illecito sia stato reso possibile dal rapporto di preposizione e dallo svolgimento delle mansioni.

Benché la nozione di occasionalità necessaria nasca a proposito dell'art. 2049 c.c., tuttavia, nella giurisprudenza civile se ne parla anche con riferimento alla imputazione diretta della responsabilità in forza del rapporto organico e si assume che il fine egoistico del dipendente interromperebbe tale nesso, escludendo il rapporto organico. In questo il relatore ravvisa un profilo di non linearità che deve essere chiarito. Ciò in quanto la responsabilità o è diretta o è indiretta, l'una esclude l'altra dal momento che quella indiretta presuppone che non ci sia l'identificazione. Esclude che ci possa essere una imputazione per entrambi i titoli.

Ad avviso del Pres. DE CHIARA vi sono ipotesi in cui è difficile configurare un rapporto institorio e quindi una responsabilità indiretta dell'ente, come nel caso di organi apicali dello Stato. È difficile che venga in considerazione la responsabilità per fatto del Ministro, del capo del Governo.

È invece più frequente che avvenga per gli enti privati. La giurisprudenza si è occupata del caso della responsabilità dell'ente per un atto compiuto dagli amministratori di società mediante una delibera assunta dal consiglio di amministrazione, cioè mediante un atto chiaramente ascrivibile alla società. In quell'ipotesi si è detto che si trattava di un atto illecito compiuto dagli amministratori nella loro qualità e che impegnava la società in base a rapporto organico. In base alla teoria organica, la giurisprudenza ha affermato che non era possibile negare la responsabilità non solo degli amministratori ex art. 2395 c.c., ma anche della società stessa avendo gli amministratori agito in esecuzione di un atto della medesima.

Altri casi in cui è difficile immaginare una responsabilità indiretta sono quelli in cui ci sia una condotta diffusa dell'intera struttura organizzativa dell'ente per cui è difficile isolare una condotta dell'individuo ed estenderla indirettamente all'ente.

Il Pres. DE CHIARA ritiene preferibile un'interpretazione restrittiva del rapporto organico, escludendone l'allargamento all'attività materiale. Posto che il rapporto organico è alternativo a quello istitorio, si dovrebbe concludere che per gli enti pubblici o privati l'art. 2049 non si applica

perché tutto è assorbito dal rapporto organico. Tuttavia, la giurisprudenza dà per scontato che il 2049 c.c. si applichi anche alle persone giuridiche in qualità di preponenti.

Inoltre, rileva che una volta che il giudice abbia escluso il rapporto organico, e la responsabilità dell'ente come diretta, ci si deve porre il problema se non possa configurarsi una responsabilità indiretta dell'ente ex 2049 c.c.

Si interroga poi in ordine al se il concetto di fine egoistico o estraneo agli interessi all'attività dell'ente abbia una base normativa. Il fine è elemento soggettivo troppo eterogeneo rispetto alla categoria del nesso di occasionalità necessaria che serve per l'imputazione dell'atto alla PA.

Probabilmente questo criterio storicamente nasce dall'originario *favor* per la PA. Tale conclusione trova riscontro nel fatto che, invece, quando si parla del campo privato, ad esempio della responsabilità delle SIM ex art. 31 del TU finanza (che costituisce applicazione dei principi del 2049 c.c.), ci si limita ad applicare il nesso di occasionalità necessaria senza dare alcun rilievo ai fini egoistici dell'agente. E lo stesso vale quando si applica l'art. 2049 c.c. in relazione alla responsabilità delle banche per il fatto dei dipendenti, nonché della responsabilità del datore lavoro privato per il fatto del dipendente. In tutti questi casi il limite dell'interesse egoistico dell'agente non viene valorizzato.

In definitiva potrebbe allora essere preferibile l'approccio della giurisprudenza penale che rimane sul piano della oggettività, disinteressandosi dei fini dell'agente, e si preoccupa solo della obiettiva prevedibilità, intesa in senso oggettivo e statistico, della condotta rispetto alle mansioni dell'agente.

Il prof. **Massimo FRANZONI** (ordinario di diritto civile presso l'Università degli studi Alma Mater Studiorum di Bologna) ha osservato che, storicamente, la teoria del rapporto organico si è affermata per non far pagare la pubblica amministrazione, ritenendosi non opportuno coinvolgerla in relazione a fatti illeciti. Inoltre, tale teoria è servita nell'ambito della tematica della persona giuridica per eliminare l'ambiguità che deriva dal fatto che c'è un soggetto, l'ente, diverso rispetto alla persona fisica del funzionario, che lo espone rispetto ai terzi. Poiché l'imputazione degli atti alla persona giuridica avviene attraverso il funzionario, è chiaro che si tratta di responsabilità diretta.

L'idea attuale di Stato è però mutata, si è trasformata innanzitutto a seguito della emanazione delle Carte dei servizi che negli anni '90 si sono diffuse le quali consistono in dichiarazioni con cui la PA afferma che nello svolgimento dei servizi garantisce determinate condizioni. Attraverso di esse, in sostanza, nell'erogazione di un servizio in favore dei cittadini lo Stato si pone sullo stesso piano di un qualunque altro soggetto erogatore. Questa nuova idea di Stato si è sviluppata anche per effetto delle privatizzazioni ed anche della privatizzazione del pubblico impiego.

Attualmente, allora, secondo il relatore, il rapporto organico ha una diversa funzione, serve cioè a spiegare perché gli atti compiuti da un soggetto vengono imputati ad un altro soggetto, al di fuori dalle regole del mandato.

Quanto alla questione dell'illecito doloso e al se ne risponda o meno l'ente, non ci sono soluzioni nella normativa ma solo interpretazioni.

Il prof. FRANZONI ritiene poco convincente che ritenere che l'interesse personale del dipendente escluda la responsabilità dello Stato.

Lo stesso vale per il criterio dell'occasionalità necessaria, in quanto nell'art. 2049 c.c. non se ne fa parola. Si tratta di una costruzione elaborata per proteggere lo Stato e limitarne la responsabilità.

Ci sono interpretazioni che discendono da una certa visione dello Stato che si è storicamente affermata e dall'esigenza di proteggerlo. Si tratta allora di capire se la concezione di Stato che era alla base di quelle soluzioni sia ancora attuale e coerente rispetto alla concezione che si è affermata oggi, caratterizzata dalla equiparazione tra esercizio della funzione pubblica e di quella privata nella

erogazione dei servizi. Ad avviso del prof. FRANZONI la concezione pubblicistica della responsabilità è attualmente poco convincente. D'altra parte, la responsabilità ex art. 2049 c.c., tecnicamente non è indiretta, ma il proponente risponde perché è tale, in forza del rapporto di preposizione.

Il vero tema è stabilire se il fatto sia stato commesso dal dipendente nell'esercizio delle funzioni, oppure no, senza che rilevi il nesso di occasionalità necessaria.

A monte, tuttavia, vi è una scelta, e cioè se attualmente si debba stare dalla parte di chi ha subito un pregiudizio, oppure dalla parte di chi deve garantire che un servizio debba funzionare in modo corretto. Secondo il relatore l'evoluzione che ha subito la concezione di Stato porta a ritenere che il rapporto tra cittadino e PA sia cambiato e si sia tendenzialmente conformato alle regole del diritto comune.

Ha quindi preso la parola il Consigliere della Cassazione **Piero SILVESTRI** il quale ha fatto il punto sullo stato della giurisprudenza penale della Corte di cassazione rilevando come esso sia, in realtà, più articolato di quanto emerge dall'ordinanza di rimessione.

La giurisprudenza penale ha un approccio casistico al problema e nelle decisioni si dedicano di regola poche righe all'inquadramento teorico della responsabilità, concentrandosi piuttosto sulla ricostruzione del reato.

Le sentenze che optano per la responsabilità diretta, laddove questa venga in concreto esclusa, non si pongono mai il problema del se sia poi configurabile una responsabilità indiretta.

Vi è un approccio casistico rispetto a questioni cruciali quali il problema della contestualità tra il fatto reato e l'eventuale fonte di responsabilità e si danno sul tema risposte diverse.

Il relatore richiama una sentenza della Corte di cassazione del 1999 (relativa ai fatti della c.d. banda della Uno bianca) in cui venivano in considerazione fatti illeciti commessi dai pubblici dipendenti fuori dal servizio, ma utilizzando informazioni derivanti dalle funzioni che esercitavano. In quel caso la Cassazione ha escluso la responsabilità dello Stato affermando che le condotte erano state commesse fuori dall'esercizio delle funzioni, non essendo contestuali rispetto ad esse.

Chiosa il relatore osservando come sia però difficile ipotizzare che l'associazione criminale, contestata nella specie agli imputati, potesse operare solo quando i dipendenti non erano in servizio. In altre occasioni, invece, il fattore della contestualità serve a poco. Rispetto ad un'ipotesi di atti persecutori commessi dal funzionario di una biblioteca nei confronti di una dipendente e compiuti in parte durante l'orario di servizio e in parte fuori, la Sez. 5 penale, in una decisione del 2017, ha ritenuto che l'esercizio delle funzioni pubbliche aveva comunque agevolato la produzione del danno nei confronti della persona offesa.

Il cons. SILVESTRI pone il problema del se la questione interferisca o meno con quella dell'accertamento causale. Secondo alcuni il nesso di strumentalità sarebbe espressione di un'accezione rigorosa della teoria condizionalistica; secondo altri atterrebbe al problema delle concause; secondo altri si tratterebbe solo di un antecedente temporale, di una condizione che consente la commissione del reato (una sorta di causalità agevolatoria).

Afferma che la giurisprudenza penale sia poco propensa al confronto e non perfettamente consapevole di specificazione interne all'orientamento maggioritario il quale ritiene configurabile una responsabilità della PA ex art. 2049.

Si rinvencono nelle pronunce diverse specificazioni relative al criterio della prevedibilità del fatto, pure utilizzato dalla giurisprudenza, e inteso in senso oggettivo e statistico.

Al riguardo viene richiamata una decisione del 2015 in cui la Corte di cassazione, probabilmente prendendo atto del fatto che, se si fossero applicati l'art. 28 Cost. e l'art. 2043 c.c., probabilmente la responsabilità della PA sarebbe stata esclusa perché il fine perseguito dal funzionario era

chiaramente incompatibile con le finalità istituzionali, ha applicato l'art. 2049 c.c. e ha fatto riferimento al criterio di "un non imprevedibile ed eterogeneo sviluppo di un non corretto esercizio delle funzioni". Si afferma che la prevedibilità va valutata tenendo conto della disciplina positiva delle funzioni, dei limiti e dei controlli e nasce dal fatto che è prevedibile sul piano oggettivo che un funzionario possa essere infedele e appropriarsi delle somme.

In quella decisione sono richiamati due precedenti della Sez. 3 penale. Il primo riguardava un caso di violenza sessuale commesso da alcune insegnanti nell'esercizio delle loro funzioni nei confronti dei bambini ad esse affidati. La Corte ha ritenuto che la responsabilità della PA sussista ogni volta che la condotta del dipendente non abbia assunto il carattere della assoluta eterogeneità e imprevedibilità rispetto ai suoi compiti istituzionali sì da non consentire il minimo collegamento con essi. In tal caso, si è valutato come sufficiente un nesso oggettivo di collegamento tra condotta e funzioni.

L'altra sentenza richiamata è una decisione del 2013 che riguardava una fattispecie in cui degli agenti di polizia giudiziaria abusavano sessualmente dei soggetti fermati.

Qui la responsabilità è stata esclusa, non tanto in ragione di una prevedibilità oggettiva del fatto, ma per componenti che sembrerebbero fondare un addebito colposo. Si trattava di un soggetto con precedenti specifici in quanto era stato coinvolto in fatti analoghi e condannato; nonostante questo la PA lo aveva destinato a quella stessa mansione. In questo caso il relatore si interroga sul se si possa affermare che la prevedibilità sia stata valutata in termini oggettivi o piuttosto se essa non si colori di componenti soggettive concrete.

In questo caso non si sarebbe lontani da una responsabilità colposa *in vigilando* dell'Amministrazione e, addirittura, sembra di intravedere sullo sfondo una anche responsabilità di organizzazione.

Il ragionamento appare risentire di altri modelli di responsabilità della PA, e in particolare della responsabilità da reato della società prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001. In quel caso, ci sono profili di responsabilità colposa, l'illecito dell'ente non coincide con quello della persona fisica e viene imputato all'ente in base a criteri oggettivi e soggettivi del medesimo (deve essere compiuto a vantaggio dell'ente, vi è una colpa di organizzazione). Tuttavia, l'art. 5, ultimo comma del d.lgs. n. 231 del 2001 stabilisce che l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Il relatore conclude affermando che se si continua a prevedere la responsabilità ex 2049 c.c. come oggettiva, il problema è quello di evitare di costruire modelli di responsabilità che siano confinanti con profili di colpevolezza normativa, cioè di rimprovero che trova il fondamento in un atteggiamento colposo.

È quindi intervenuto il prof. **Marco GAMBARDELLA** (associato di diritto penale presso l'Università degli studi La Sapienza di Roma). A suo avviso l'art. 28 Cost. deve essere letto in sequenza rispetto all'art. 27 Cost. il quale sancisce il principio di non colpevolezza che costituisce uno dei due pilastri su cui si fonda la responsabilità penale.

La lettura di tali disposizioni evidenzia come si passi dalla responsabilità penale personale colpevole, alla responsabilità civile diretta per fatto proprio del dipendente e poi alla responsabilità civile estesa alla PA per il fatto illecito dannoso.

L'art. 27 Cost. è una novità dell'ordinamento italiano non prevista nello Statuto albertino. Ha un contenuto di garanzia che è stato implementato dalle pronunce della Corte costituzionale fondandola sulla calcolabilità e prevedibilità delle conseguenze penali nel momento in cui il soggetto tiene la condotta. Inoltre, con le sentenze n. 1085 e la n. 364 la Corte cost. ha affermato che in tanto la funzione rieducativa della pena ha senso, in quanto il soggetto sia almeno in colpa

rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie. Quindi si è arrivati a parlare di responsabilità per fatto proprio colpevole superando la possibilità di configurare una responsabilità per fatto altrui che il codice Rocco prevedeva.

Queste esigenze di personalizzazione della responsabilità non ci sono nel campo civile, ove anzi vi è un'esigenza eterogenea, quella dell'allocazione del costo del danno civile a carico di un soggetto che non necessariamente è l'autore della condotta, ma è colui che è più idoneo a sopportare quel danno.

Sembra insostenibile perciò la tesi della responsabilità dello Stato come diretta ex 2043 c.c. perché conduce a ritenere, come conseguenza, che se il dipendente agisce per un fine personale, rompe il rapporto di immedesimazione organica e lo Stato non risponde.

L'art. 28 Cost, letto alla luce dell'art. 27 Cost., afferma il contrario, e cioè che il funzionario è direttamente responsabile, ma allo Stato si estende la responsabilità. È una responsabilità oggettiva per fatto altrui, per un reato che abbia, ex art. 27 Cost., carattere doloso o colposo.

In sostanza, dunque il modello è quello dell'art. 2049 c.c.

Il criterio di collegamento tra il comportamento del dipendente e la responsabilità dello Stato è, allora, quello della cd. occasionalità necessaria che vuol dire che l'esercizio delle funzioni pubbliche ha agevolato e reso possibile il fatto dannoso.

Esso richiede un giudizio controfattuale (analogo a quello utilizzato nell'ambito della causalità penale), cioè si deve verificare se senza l'adempimento delle funzioni pubbliche l'evento dannoso si sarebbe potuto verificare.

Questo criterio consente di ritenere che la responsabilità dello Stato si atteggia come responsabilità per fatto altrui, idoneo a ricomprende anche i casi in cui il dipendente abbia perseguito una finalità egoistica, estranea ai fini pubblici.

Però, per evitare uno smisurato allargamento della responsabilità dello Stato quando le funzioni sono svolte per finalità estranee a quelle dell'ente, è necessario individuare dei correttivi, delle limitazioni sul piano normativo.

Il correttivo è dato dalla non imprevedibilità delle conseguenze che derivano dalla condotta del dipendente, la quale non deve costituire lo sviluppo imprevedibile rispetto ai compiti istituzionali.

Secondo il relatore, la non imprevedibilità ricorda il lessico utilizzato dai civilisti in relazione alla causalità adeguata, cioè il criterio basato sull'*id quod plerumque accidit*.

Per restare nel capo penale, può essere proficuo tracciare un parallelo con la disciplina della responsabilità da reato degli enti privati di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 la quale è configurata come responsabilità amministrativa. Si tratta di un'ipotesi di responsabilità per fatto proprio colpevole perché l'art. 5, comma 1, individua il criterio di collegamento nel fatto che il soggetto che commette il reato deve essere dipendente o apicale dell'ente e che è stato posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente. In questo caso, dunque, si tratta di responsabilità per fatto proprio dell'ente e di responsabilità colpevole perché si richiede la prova della colpa di organizzazione.

L'ultimo comma dell'art. 5 dispone, però, che il rapporto immedesimazione organica viene meno se i dipendenti hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Dunque, la finalità egoistica esclude la responsabilità dell'ente. Ma qui a differenza dell'art. 28 Cost si è in presenza di un caso di responsabilità per fatto proprio colpevole.

Il relatore osserva, inoltre, come quasi tutte le questioni di responsabilità dello Stato riguardino ipotesi di reati contro la PA.

Fino al 1990 c'era una simmetria in quanto tali reati potevano essere commessi solo da soggetti qualificati, in quanto i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio erano dipendenti pubblici, avevano cioè un rapporto di lavoro con la PA.

Dopo il 1990 è tutto cambiato, in quanto il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio è tale non se è dipendente dell'Amministrazione, ma se l'attività posta in essere è disciplinata da norme di diritto pubblico, ovvero se ha poteri autoritativi e certificativi.

Ma se la categoria dei pubblici ufficiali non coincide con quella dei dipendenti pubblici allora appare difficile configurare la responsabilità della PA come responsabilità diretta per fatto proprio.

In questo caso lo Stato risponde ex art. 2049 c.c. per responsabilità indiretta.

Si dovrebbe allora individuare un titolo di responsabilità della PA diverso a seconda del soggetto che commette il fatto sia o meno dipendente dell'Amministrazione, ma in tal modo si verificherebbe una asimmetria e un'anomalia che impone una riflessione.

In conclusione, il Pres. TRAVAGLINO ha osservato che il cuore del problema che le Sezioni unite dovranno affrontare è il limite del concetto del nesso di occasionalità necessaria.

Rileva che, in definitiva, poiché tutte le varie soluzioni prospettate sono sostenibili sul piano della logica e su quello del diritto, la decisione implica una scelta di politica del diritto sulla quale potrebbe incidere l'evoluzione della nozione di responsabilità civile che negli ultimi 30 anni si è preoccupata di non lasciare il danno dove si è verificato.

Al di là della responsabilità del danneggiante, l'ottica della responsabilità civile moderna è quella di evitare, nei limiti del possibile, che il danno resti a carico del danneggiato.

Se questo sarà il percorso che seguiranno le Sezioni unite, probabilmente si adotterà il criterio penalistico, forse con qualche aggiustamento e il criterio di occasionalità necessaria diventerà il giudizio controfattuale di eliminazione della funzione.

Si potrebbe, altresì, immaginare che le due ipotesi di responsabilità, diretta e indiretta, concorrano: finché il dipendente è dentro le funzioni, opera l'immedesimazione organica. Quando tale rapporto si spezza, allora potrebbe essere utilizzato il 2049 c.c.