

SOMMARIO: §1. Posizione del problema – §2. Forme di corresponsabilità tra Pubblica amministrazione e privati: casistica – §3. La nuova azione di rivalsa nella sistematica del D.Lgs. 36/2023 – §4. L'invalidità provvedimentoale ad opera di terzi – §5. Spunti di riflessione

§1. Posizione del problema.

L'argomento che si intende analizzare in questa sede si articola in due questioni tra loro interdipendenti: la prima ha ad oggetto la prospettabilità teorica di dedurre una fattispecie di responsabilità solidale della Pubblica amministrazione, al di fuori dei casi corresponsabilità del pubblico dipendente per danni cagionati a terzi; la seconda si riferisce alla ipotizzabilità di una fattispecie di illegittimità provvedimentoale ad opera di terzi.

Se si sfogliano le pagine dei manuali ovvero delle monografie specificamente dedicate al tema della responsabilità civile della p.a. ci si accorge, forse con un po' di stupore, che alcuno spazio è dedicato al tema che qui si intende indagare. Ciò pone in rilievo un primo dato significativo, ossia la ritrosia della dottrina nel riconoscere al tema della responsabilità solidale della p.a. dignità di autonome considerazioni.

In tal senso occorre allora interrogarsi sull'utilità di questo lavoro, poiché per quanto possa essere stimolante occuparsi di un tema tendenzialmente ignorato, chiunque abbia un minimo di buon senso non può sottovalutare il rischio che tale disinteresse nasconda invero una reale inconsistenza.

§2. Forme di corresponsabilità tra Pubblica amministrazione e privati: casistica.

Tradizionalmente si è soliti riferire alla responsabilità della p.a. per fatto illecito dei propri dipendenti la struttura della solidarietà risarcitoria. Sul piano normativo, l'art. 28 Cost. stabilisce infatti che «[i] funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

La citata previsione normativa ha generato un ampio dibattito tra gli interpreti in ordine alla natura della responsabilità; nel tempo sono infatti emersi tre orientamenti: i) tesi della responsabilità indiretta; ii) tesi della doppia responsabilità della p.a.; iii) tesi della responsabilità diretta.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie non hanno accolto né la prima teoria che qualifica la responsabilità della p.a. come indiretta o "per fatto altrui", né quella della duplice responsabilità (diretta per l'attività provvedimentoale e indiretta per quella materiale).

Secondo l'orientamento prevalente, infatti, la responsabilità della p.a. è sempre diretta per fatto proprio, trovando la propria fonte direttamente nel rapporto organico tra ente e funzionario.

La portata precettiva dell'art. 28 Cost. sembra pertanto presupporre una responsabilità

solidale del funzionario e dell'amministrazione, con la possibilità per il danneggiato di scegliere se agire contro il primo ovvero contro la seconda.

La natura solidale di tale forma di responsabilità amministrativa, tuttavia, non ricalca la struttura della fattispecie descritta dall'art. 2055 cod. civ., ma si fonda piuttosto sull'elemento della immedesimazione organica che, fungendo da criterio di imputazione, circoscrive la responsabilità dell'amministrazione ai soli casi in cui l'attività del funzionario risulti coerente con i fini istituzionali dell'ente, escludendola invece laddove la condotta del funzionario risulti esorbitante perseguendo scopi esclusivamente personali ovvero contrari allo specifico interesse pubblico.

Talvolta poi accade che, al di fuori di un rapporto di immedesimazione organica, la giurisprudenza qualifichi come solidali forme di corresponsabilità tra p.a. e privato: ad esempio, in materia di espropriazioni, un nutrito orientamento afferma la responsabilità solidale tra amministrazione espropriante e i soggetti «delegati all'esproprio» nei casi in cui emerga un contributo causale di quest'ultimi alla produzione dell'illecito.

Ed infatti, la figura di elaborazione pretoria del «delegato all'esproprio», identifica quel soggetto - pubblico o privato - formalmente investito, mediante atto amministrativo o convenzione, del compito di curare in tutto o in parte lo svolgimento di fasi procedurali tipiche della procedura ablativa. La ricorrenza dei presupposti di tale figura è gravida di conseguenze sotto il profilo della responsabilità, giacché laddove la p.a. abbia delegato lo stesso allo svolgimento della procedura espropriativa, si configura la responsabilità solidale tra delegante e delegato tutte le volte in cui vi siano elementi idonei ad evidenziare un concorso di colpa fra gli stessi (anche solo per omesso controllo del primo sul secondo). Ebbene, anche in questo caso, tuttavia, non pare tecnicamente corretto il riferimento alla categoria della responsabilità solidale ex art. 2055 cod. civ., atteso che in questi casi l'imputazione della concorrente responsabilità deriva direttamente dal provvedimento di delega e non già da condotte singolarmente determinative del medesimo evento di danno.

§3. La nuova azione di rivalsa nella sistematica del D.Lgs. 36/2023.

L'art. 5, co. 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici, in combinato disposto con il novellato art. 124 c.p.a., dispone che ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

Dalla sistematica del nuovo Codice appalti è possibile ricavare il senso di tale previsione nella relazione di reciproca fiducia, intercorrente tra stazione appaltante ed operatori economici coinvolti nella procedura di evidenza pubblica, funzionale al raggiungimento del miglior risultato. In questa prospettiva, l'espressa previsione di una «concorrente responsabilità» dell'operatore economico, che costituisce il presupposto dell'azione di rivalsa, pone il quesito sulla natura solidale dell'obbligazione risarcitoria per equivalente di

cui all'art. 124 c.p.a.

L'argomento ha di recente acceso il dibattito in dottrina, la quale si è chiesta quale sia il significato precettivo da attribuire ai sintagmi «rivalsa» e «responsabilità concorrente» contenuti nelle disposizioni citate. Taluni autori (v. S. Bocchini) hanno decisamente negato la configurabilità di un'ipotesi di responsabilità solidale tra stazione appaltante e aggiudicatario illegittimo, posto che la responsabilità dell'operatore è necessariamente succedanea rispetto a quella dell'amministrazione; la chiara autrice afferma inoltre che quella dell'operatore economico sia una responsabilità diretta nei soli confronti dell'amministrazione, salvo il solo caso in cui la condotta scorretta e fraudolenta dell'operatore sia in grado di interrompere il nesso di causalità (art. 41, co. 2, cod. pen.) tra l'agire illegittimo della p.a. e il danno subito dal terzo pretermesso.

In senso critico, si è poi osservato (v. F. Volpe) che la tendenza a favorire la neutralità della stazione appaltante rispetto alle dinamiche della procedura di evidenza pubblica, deporrebbe nel senso di inquadrare l'azione di rivalsa più che nell'art. 2055 cod. civ., nell'art. 1950 cod. civ. in virtù del quale la stazione appaltante avrebbe titolo di recuperare nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo l'intero importo pagato al terzo pretermesso a titolo di risarcimento. In ogni caso, tuttavia, l'autore in questione ritiene che il rapporto intercorrente tra stazione appaltante e aggiudicatario illegittimo sarebbe da ricondurre in un'ipotesi di responsabilità solidale.

L'orientamento favorevole all'applicabilità tout court delle regole di disciplina di cui all'art. 2055 cod. civ. alla fattispecie in esame (v. B. Salone) ritiene, invece, che l'espressa affermazione di un concorso di responsabilità dell'illegittimo aggiudicatario con la stazione appaltante per il medesimo titolo, unitamente alla previsione di un'azione di rivalsa, presupponga evidentemente un vincolo di solidarietà tra i due soggetti rispetto all'azione di danno proposta dal terzo pretermesso. In tal senso, d'altronde, depone anche la giurisprudenza maggioritaria (cfr. CdS n. 115/ 2012; CdS Ad. Plen. n. 2/ 2017; CSU n. 6535/ 2008; CSU n. 4889/ 2019), a mente della quale, qualora l'illegittimità dell'aggiudicazione sia stata occasionata dal comportamento scorretto dell'operatore economico, in base al principio causalistico desumibile dall'art. 2055 cod. civ., debba essere affermata la natura solidale della responsabilità civile di che trattasi, anche ai fini dell'azione di regresso.

Ora, dall'interpretazione letterale delle disposizioni di cui ai citati artt. 5, co. 4 Codice appalti e 124 c.p.a., appare possibile dedurre le seguenti regole di fattispecie: i) la stazione appaltante che sia stata condannata al risarcimento del danno per equivalente a favore del terzo pretermesso ha azione di rivalsa nei confronti dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito; ii) la responsabilità dell'aggiudicatario illegittimo è concorrente a quella della stazione appaltante; iii) il comportamento illecito dell'operatore economico deve aver concorso a determinare l'esito illegittimo della gara.

Innanzitutto, quindi, si può notare che il legislatore adopera i termini «rivalsa» e «concorrente responsabilità» in luogo di quelli di regresso e responsabilità solidale. A parere di chi scrive l'esatto uso di tali termini dovrebbe deporre, già sul piano letterale, nel senso di abbandonare un'interpretazione di tipo analogico con riferimento alla fattispecie dell'art. 2055 cod. civ. Come è stato anche da taluni evidenziato, infatti, presupposto dell'azione di rivalsa è la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno; ne consegue pertanto che quand'anche si volesse parlare di solidarietà, questa sarebbe di tipo diseguale.

Sul piano sistematico e concettuale, giova poi evidenziare che mentre l'azione di rivalsa presuppone un illecito, il diritto di regresso presuppone rapporto di solidarietà passiva. Il regresso, infatti, costituisce nient'altro che il mezzo tecnico attraverso il quale, esaurita la funzione di garanzia della solidarietà, la struttura soggettivamente complessa del rapporto obbligatorio "ritorna" di tipo parziario nei rapporti interni.

In quest'ottica, pertanto, la rivalsa non sarebbe tecnicamente un'azione di regresso, ma un'azione di responsabilità (diretta) per danni nei confronti dell'operatore economico scorretto. Ne deriva che le due responsabilità, della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo, appaiono diverse e tali da coprire voci di danni non sovrapponibili.

A conferma di tale assunto, si noti che la fattispecie di responsabilità della stazione appaltante e risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 c.p.a. non necessita del requisito ascrittivo della colpa in capo alla p.a.; e ciò renderebbe inutilizzabile o quantomeno problematico l'utilizzo del criterio compensativo di cui all'art. 2055, co. 2, cod. civ.: in altri termini, non sarebbe possibile confrontare la colpa dell'operatore economico con quella non necessaria dell'amministrazione. Si noti, inoltre, che tanto l'art. 5 quanto l'art. 124 citati riservano il rimedio della rivalsa soltanto in favore dell'amministrazione nei confronti dell'operatore economico: anche sotto tale profilo vi è un'evidente deroga al funzionamento tipico del regresso nel rapporto solidale.

Infine, occorre soffermarsi ancora sul senso dell'art. 124 c.p.a., laddove il legislatore dispone che il giudice amministrativo debba conoscere non soltanto dell'azione di rivalsa, ma anche delle «azioni risarcitorie» proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico scorretto. Ebbene, l'aver posto concettualmente sullo stesso piano l'azione risarcitoria e quella di rivalsa denota, a ben vedere, la volontà legislativa di assegnare all'azione di rivalsa una funzione latu sensu risarcitoria/compensativa, piuttosto che meramente ridistributiva a norma dell'art. 2055 cpv. cod. civ.

Ciò posto, qualora si voglia continuare a parlare di solidarietà risarcitoria, questa dovrebbe essere più correttamente intesa quale ipotesi di solidarietà c.d. diseguale: la stazione appaltante risponde in solido con l'operatore economico scorretto non già in quanto co-autrice materiale del danno, bensì nella veste di garante ex lege del debito risarcitorio in

capo all'operatore economico scorretto all'esito dell'accertamento della responsabilità precontrattuale di quest'ultimo. In altre parole, si ritiene che l'art. 5 co. 4 Codice appalti prescriva una particolare forma di responsabilità sussidiaria in capo alla p.a., in virtù della quale il terzo pretermesso riceve una tutela rafforzata sotto il profilo patrimoniale.

§4. L'invalidità provvedimentoale ad opera di terzi.

Un tema che sembra permanere sullo sfondo della questione concerne la prospettabilità astratta di una forma di illegittimità provvedimentoale ad opera di terzi.

Ebbene, l'ordinamento già prevede un'ipotesi tipica di illegittimità provvedimentoale indotta dalla condotta illecita del terzo estraneo all'apparato amministrativo. Tale scenario trova specifico riferimento normativo nell'art. 73 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, rubricato «[a]ssenza di responsabilità della pubblica amministrazione». La disposizione stabilisce che le pubbliche amministrazioni e i loro dipendenti sono esenti da qualsivoglia responsabilità (fatti salvi i casi di dolo o colpa grave), qualora l'emanazione dell'atto amministrativo illegittimo sia diretta conseguenza di false dichiarazioni o dell'uso di documenti falsi o non più rispondenti a verità, prodotti dall'interessato o da terzi.

Dal punto di vista sistematico e, in particolare, nel contesto che qui interessa, tale previsione normativa assume un ruolo di particolare rilevanza: nel momento in cui l'ordinamento decreta l'esenzione di responsabilità della p.a. - laddove la patologia provvedimentoale (anche lesiva della sfera giuridica di un terzo) sia causalmente e totalmente riconducibile all'illecito altrui - esso configura uno statuto normativo che si pone in senso ostativo ad una potenziale responsabilità solidale ex art. 2055 cod. civ. tra la p.a. e soggetto terzo. Se, infatti, la causa efficiente e determinante del vizio risiede esclusivamente nella condotta fraudolenta del terzo, l'espressa esenzione disposta dall'art. 73 esclude a priori la sussistenza di una forma di corresponsabilità in capo all'Amministrazione, rendendo pertanto inapplicabile il meccanismo della solidarietà risarcitoria.

§5. Spunti di riflessione.

Alla luce di quanto sopra si è cercato di far emergere le difficoltà teoriche e pratiche derivanti dall'interpretazione della nuova previsione normativa dell'azione di rivalsa di cui al combinato disposto dei citati artt. 5 e 124.

Si ritiene inoltre che la portata innovativa dell'intervento legislativo non sia circoscritta soltanto all'area degli appalti pubblici, ma abbia una rilevanza ben più generale e sistematica della materia della responsabilità civile della Pubblica amministrazione.

Si confida che gli argomenti sommariamente tratteggiati nel presente scritto siano di interesse per un rinnovato studio ed approfondimento teorico sulla struttura e funzione della fattispecie di responsabilità solidale della Pubblica amministrazione, nonché della fattispecie di illegittimità provvedimentoale ad opera di terzi.

Piergiovanni Vallesi

*La nota costituisce il contributo vincitore dell'edizione 2025 del Premio associativo "Enrico Guicciardi".