

SALVATORE CIMINI
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Scienze Politiche
dell'Università di Teramo
scimini@unite.it

MODELLO ORGANIZZATIVO E RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

ORGANIZATIONAL MODEL AND RESPONSIBILITY OF THE P.A.

SINTESI

Prendendo le mosse dal modello di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001 per le persone giuridiche, si arriva alla conclusione che la mancanza di un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere possa comportare la responsabilità della pubblica amministrazione. Una conferma di tali tesi si ricava dal modello di responsabilità previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

ABSTRACT

Taking as its starting point the model of responsibility provided for by Legislative Decree n. 231/2001 for juridical persons, we arrive at the conclusion that the lack of a preventive organizational model suitable to avoid the damage caused by the illegitimate exercise of administrative power could lead to the responsibility of the public administration. A confirmation of these theses is derived from the model of responsibility provided for by art. 1 of the l. n. 190/2012

PAROLE CHIAVE: Modello organizzativo; colpa; responsabilità della p.a.

KEYWORDS: Organizational model; fault; liability of the Public dministration

INDICE: 1. Premessa: la colpa dell'organizzazione nella responsabilità da reato degli enti collettivi – 2. Estensione del modello del reato dal d.lgs. n. 231/2001 alla colpa della p.a. per illegittimo esercizio del potere – 3. Una conferma dal modello previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

1. Premessa: la colpa dell'organizzazione nella responsabilità da reato degli enti collettivi.

Scopo di questo contributo è quello di indagare il concetto di colpa di organizzazione della p.a., verificando in particolare se sia possibile affermare la responsabilità dell'amministrazione pubblica per difetto di organizzazione, vale

a dire per la mancata adozione di un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere.

A tal fine, è anzitutto necessario capire quando si prospetta una colpa dell'organizzazione.

Per comprendere meglio questo concetto è utile fare un richiamo alla responsabilità degli enti collettivi (persone giuridiche, società e associazioni) per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Siffatta peculiare responsabilità, introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è particolarmente interessante ai fini di questo studio, perché supera il principio della esclusiva ascrivibilità della responsabilità penale alla persona fisica, introducendo una forma di responsabilità penale che riguarda gli enti collettivi, ad esclusione, giova ricordarlo, degli enti pubblici¹.

Quello che in questa sede preme analizzare è il sistema di imputazione che il d.lgs. n. 231/2001 ha concepito per stabilire un raccordo tra fatto illecito ed ente collettivo. Si tratta di un'operazione non facile se si pensa che, come ha esattamente notato la dottrina penalistica, *«rigorosamente inteso, l'elemento psicologico non può ascrivarsi all'ente collettivo, perché questo non può esprimere una volontà intesa nel senso comune della volontà propria del soggetto-persona fisica. Non si dà al proposito un'analogia neanche – se si vuole – in termini più ampi e generali: vale a dire che non è rinvenibile alcun vero e fondato accostamento che possa condurre immediatamente ad assimilare la persona fisica alla persona giuridica o all'ente collettivo in genere»*².

Ebbene, per imputare l'illecito all'ente, il d.lgs. n. 231 del 2001 anzitutto fissa il criterio secondo il quale il reato dev'essere commesso a suo *«interesse»* o *«vantaggio»* (art. 5, comma primo). Interesse che deve essere accertato *ex ante*, mentre il vantaggio non può che risultare *ex post*. Se si considera però che il vantaggio può essere del tutto eventuale ed occasionale, slegato cioè dal reato (nel senso che si potrebbe avere un vantaggio per l'ente anche se il reato è stato posto in essere contro l'interesse del medesimo), e che lo stesso art. 5, comma secondo, cit., esclude la responsabilità dell'ente laddove l'autore abbia agito

¹ In particolare, la responsabilità di cui si discorre si applica *«agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica»*, mentre non si applica *«allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale»* (art. 1, commi secondo e terzo, del d.lgs. n. 231/2001). Come notato da G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato (D.lgs. n. 231 del 2001)*, Torino 2005, 39, l'applicabilità agli enti pubblici economici si desume a contrario dall'estromissione degli enti pubblici non economici. Evidenzia alcuni collegamenti tra questa responsabilità e la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici M. GAGLIARDI, *La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale*, in *Riv. Corte conti*, 1, 2007, pp. 263 e ss.

² A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, voce del *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano 2006, 5102.

nell'interesse proprio o esclusivo di terzi, non si può che leggere l'art. 5 cit. in modo restrittivo. Anche il principio di personalità porta verso questo sentiero interpretativo, considerato che la mera ricaduta «a vantaggio» sembra cozzare contro il richiamato principio sancito dall'art. 27 Cost.: cosicché, è ragionevole ritenere che la responsabilità può essere ascritta all'ente per la condotta tenuta nel suo interesse, produca essa o meno un vantaggio al medesimo³.

L'altro criterio di imputazione del fatto all'ente, fissato sempre dall'art. 5 cit., riguarda i soggetti che hanno posto in essere il fatto illecito: l'ente è responsabile soltanto se l'autore del reato è una persona che riveste funzioni di rappresentanza, di Amministrazione o di direzione dell'ente, ovvero se esercita, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. L'ente risponde anche se il reato non è stato commesso dalle richiamate persone che si trovano in posizione apicale, ma da soggetti a loro sottoposti con obblighi di direzione o vigilanza. L'art. 5 cit. sembra quindi ascrivere la responsabilità all'ente per il fatto dei suoi dipendenti in virtù della teoria della c.d. immedesimazione organica⁴.

Il successivo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 esclude l'iscrizione della responsabilità amministrativa all'ente qualora quest'ultimo si sia dotato ed abbia efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il fatto di reato. Ne discende che «la mancata adozione di adeguati modelli organizzativi diviene il terzo criterio di imputazione del fatto all'ente». Anzi, se si ammette che nella logica della legge l'apparato della modellistica indica «la necessità di accertare una reale connessione tra il reato e la politica generale dell'ente – magari per verificare se i modelli fossero in sé idonei (e solo un comportamento fraudolento abbia potuto aggirarli) – dovrebbe concludersi nel senso che la connessione 'reato-inadeguatezza della struttura' sia alla base dell'imputazione»⁵.

³ Così A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 5102 e ss., il quale mette in rilievo che un'ulteriore conferma sistematica a tale interpretazione si rinviene nel fatto che l'art. 25 ter, comma terzo, del d.lgs. 231/2001, prevede la responsabilità amministrativa sul presupposto dell'interesse, escludendo il vantaggio. Ritengono che la mera ricaduta a vantaggio dell'ente si rivela un criterio di per sé solo non sufficiente a imputare il fatto illecito all'ente G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 27; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA, M. C. GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, CEDAM, 2004, p. 37.

⁴ In tal senso C. DE MAGLIE, *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d.lgs. n. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 248. Ritiene che alla base della responsabilità del soggetto collettivo si colloca il rapporto di carattere organico sussistente con la persona fisica autrice del reato, anche G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 25, secondo il quale si tratta di un collegamento tra individuo e persona giuridica «di particolare rilevanza, servendo, nelle intenzioni del legislatore, principalmente a salvaguardare il nuovo modello di responsabilità da addebiti di incostituzionalità sotto il profilo del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale e della sanzione (art. 27, comma 1, Cost.)».

⁵ Così ancora A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 5103-5104.

L'accertamento dell'imputabilità deve avvenire «*in concreto*», nel senso che è necessario accertare che il fatto di reato sia stato «*in concreto*» favorito dalla difettosa organizzazione dell'ente⁶.

Il d.lgs. n. 231/2001, poi, all'art. 6, lett. *b*), riconosce l'efficacia esonerante dei modelli preventivi se l'ente ha istituito un organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, cui affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curarne il loro aggiornamento. Ed è questo il profilo che qui più interessa.

Inoltre, per andare esente da responsabilità, l'ente deve dimostrare che le persone che hanno commesso il reato abbiano fraudolentemente eluso i modelli preventivi e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo dell'ente a tal fine istituito (art. 6, comma primo, lett. *c*) e *d*), del d.lgs. n. 231/2001). Una disciplina simile, ma meno rigorosa, è prevista dal decreto in esame nelle ipotesi in cui il reato sia stato posto in essere dai sottoposti e sia stato reso possibile dalla carenza dei modelli organizzativi. Come notato in dottrina, «*la posizione para-apicale ha un valore meno indiziario della partecipazione dell'ente all'illecito; dunque solo carenze organizzative più rilevanti possono condurre a presumere il suo coinvolgimento*»⁷.

Senza dilungarci ulteriormente sul punto, si può schematicamente dire, con la dottrina penalistica, che il reato «è imputato all'ente, a titolo di illecito amministrativo, se è: *a*) destinato a realizzare l'interesse dell'ente (il vantaggio del medesimo è solo una ricaduta eventuale); *b*) commesso o agevolato dall'apice; *c*) causato in concreto da inefficienze organizzative; *d*) reso possibile da modelli preventivi non-ideali anche secondo il normale funzionamento; *e*) dovuto ad una 'elusione non fraudolenta dei modelli preventivi'»⁸.

In definitiva, il sistema di imputazione del fatto di reato all'ente ruota intorno ai modelli organizzativi preventivi⁹. Se la persona giuridica, la società o l'associazione adottano ed efficacemente attuano adeguati modelli preventivi, la condotta non viene imputata all'ente perché esso ha in tal modo osservato le regole cautelari per prevenire reati: è come se mancasse una «*colpa dell'organizzazione*»¹⁰. Se invece l'ente non predisporre adeguati modelli preventivi

⁶ A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5104.

⁷ In questi termini A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106.

⁸ A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107, espressione tra parentesi aggiunta.

⁹ Come evidenziato da G. PAOLOZZI (*Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 57), pur essendo tutti i soggetti collettivi interessati alla predisposizione di modelli di organizzazione, l'iniziativa di dotarsene è configurata dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 alla stregua di una mera facoltà. Questo Autore ritiene che, a causa degli alti costi, è plausibile che si doteranno dei modelli preventivi solo le medie o grandi imprese (ivi, p. 58).

¹⁰ Sul punto si veda, ancora una volta, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5107.

può essere considerato in colpa proprio perché contravviene a regole cautelari. Si potrebbe cioè ipotizzare una responsabilità dell'ente per violazione delle norme di prudenza e diligenza. Detto altrimenti, la colpevolezza dell'ente sembrerebbe configurarsi allorché esso non adempia alla sua fondamentale funzione preventiva di adottare ed efficacemente attuare modelli di organizzazione idonei a prevenire la commissione di reati. Per escludere la colpevolezza il protocollo preventivo deve dunque essere efficace. Il che non vuol dire che debba riuscire a prevenire tutti i reati: significa che se nonostante un efficiente modello organizzativo preventivo si verificano ugualmente dei reati, non si può ascrivere alcuna colpa alla persona giuridica. Secondo la dottrina penalistica, in detti casi si dovrebbe parlare di un'area di «rischio permesso»¹¹.

2. Estensione del modello delineato dal d.lgs. n. 231/2001 alla colpa della p.a. per illegittimo esercizio del potere.

Ci si può chiedere se sia possibile estendere il modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001 anche alla colpa della p.a. per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere.

Naturalmente questo interrogativo presuppone che si aderisca alla tesi che riconosce natura extracontrattuale alla responsabilità civile della p.a. per illegittimo esercizio del potere, fatte salve ovviamente le ipotesi relative alla violazione delle procedure ad evidenza pubblica, per le quali, in virtù della giurisprudenza europea, non si può che parlare oggi di responsabilità oggettiva, senza colpa.

Se si aderisce alla tesi che riconosce natura extracontrattuale alla responsabilità della p.a., è da ritenere che la risposta alla domanda posta possa essere positiva.

L'utilizzo di un modello organizzativo teso a prevenire il danno consentirebbe di dare maggiore concretezza alla colpa di apparato, evocata e applicata dalla giurisprudenza, di cui però è difficile coglierne i contenuti.

Come è ben noto, infatti, la giurisprudenza ritiene che al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo non si debba fare riferimento all'atteggiamento psicologico dell'agente ma al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico.

¹¹ Il riferimento è ad A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107, secondo il quale si dovrebbe parlare di un'area di «rischio permesso» di realizzazione di fatti criminosi; rischio che diviene lecito nella misura in cui si dimostri che oggettivamente l'ente abbia adottato cautele idonee a prevenire reati della stessa specie di quello commesso» (ivi, pp. 5107-5108).

Poi però la giurisprudenza non spiega in che cosa consiste questa colpa di apparato.

Ci si limita a dire che essa coincide con la violazione delle regole di correttezza e buona amministrazione, che sono poi le regole utilizzate per valutare la legittimità dell'atto, mentre in sede di responsabilità va valutata la illiceità del comportamento, e quindi la dimensione organizzativa e gestionale della p.a.

Non a caso, la giurisprudenza continua a fare riferimento all'errore scusabile, che a rigore andrebbe applicato alla persona fisica e non alla colpa dell'organizzazione.

Per dare maggiore determinatezza alla nozione di colpa d'apparato, si potrebbe invece fare riferimento al modello della colpa di organizzazione delineata dal d.lgs. n. 231/2001, così come è stato fatto con la l. n. 190 del 2012 in materia di prevenzione della corruzione.

Come visto, nel modello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, la colpevolezza dell'ente si configura – sostanzialmente – allorché non sia stato adottato ed efficacemente attuato un adeguato modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati.

In tali ipotesi l'ente risponde per l'illecito commesso dal dipendente e risponde anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 del d.lgs. n. 231/2001): si è così attuato uno sganciamento della responsabilità dell'ente dall'identificazione del reo precludendo comode vie di fuga, certamente possibili in organizzazioni che presentano una certa complessità.

È possibile – e soprattutto è utile – un'applicazione anche alla responsabilità della p.a. del modello di imputazione della responsabilità alle persone giuridiche delineato dal d.lgs. n. 231/2001?

A me sembra di sì.

In particolare è utile il ricorso al canone – presente nel d.lgs. n. 231/2001 – che fa riferimento alle inefficienze organizzative.

Gli altri parametri invece sono meno influenti.

Anche con riguardo all'Amministrazione pubblica è plausibile ritenere che se essa non si dota di un adeguato modello organizzativo teso a prevenire l'illegittimo esercizio del potere, si possa configurare una colpa d'apparato, una colpa di organizzazione.

Ma in che cosa dovrebbe consistere questo modello organizzativo?

Per gli enti collettivi privati, il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, come s'è visto, che i modelli preventivi debbano soddisfare le seguenti esigenze: individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; prevedere protocolli

diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuare idonee (si potrebbe dire trasparenti) modalità di gestione delle risorse finanziarie in modo da impedire la commissione di reati; introdurre un adeguato sistema disciplinare. Inoltre, nell'ambito del modello organizzativo un ruolo importante è riservato al Codice etico, il quale deve contenere le norme comportamentali e i principi ai quali devono ispirarsi tutti i dipendenti, a pena di sanzioni disciplinari.

Per gli enti pubblici, un appropriato modello organizzativo teso a prevenire abusi e illegittimità nell'esercizio della funzione provvedimentale, richiederebbe una serie di azioni, molte delle quali riguardano il profilo dell'organizzazione, come quelle di predeterminare le regole in modo da evitare arbitri interpretativi da parte dei funzionari; di emanare direttive e circolari interpretative e chiarificatrici; di dotarsi di un codice etico nel quale vengono fissati i principi ai quali devono ispirarsi tutti i dipendenti pubblici (un codice che insista particolarmente sulla preparazione professionale dei dipendenti pubblici); di munirsi di un sistema di controlli interni efficace; di formare adeguatamente il personale; di applicare le sanzioni disciplinari in modo da scoraggiare e contrastare la formazione di provvedimenti illegittimi a danno di terzi; di attuare una razionale distribuzione del personale; e così via.

Tutti adempimenti peraltro già imposti alle p.a. dalle norme attualmente in vigore, ma che spesso sono inefficaci e/o inefficienti.

Come avviene nel sistema delineato nel decreto legislativo n. 231/2001, tuttavia, non basta adottare il modello organizzativo, bisogna anche verificarne l'efficacia e controllarne l'attuazione per non incorrere in responsabilità.

Per prevenire il danno da illegittimo esercizio del potere, dunque, il soggetto pubblico dovrebbe dotarsi di adeguate misure di prevenzione che vanno a costituire un adeguato modello di prevenzione.

Inoltre, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 6, lett. *b*) del d.lgs. n. 231/2001 che prevede l'istituzione di organismi di vigilanza, si potrebbe anche ipotizzare, laddove possibile (ovviamente non negli enti di piccole dimensioni e con poche unità di personale), la costituzione di uffici cui affidare il compito di curare la predisposizione e l'aggiornamento dei modelli, nonché il compito di vigilare sul loro funzionamento e sulla loro osservanza.

Se l'ente non dimostra in giudizio di aver compiuto questi suoi doveri preventivi, ben potrebbe essere ritenuto responsabile, per colpa d'apparato, dei danni conseguenti alla sua attività provvedimentale illegittima. Non va dimenticato, infatti, che il giudizio sulla responsabilità della p.a. per cattivo esercizio

del potere va condotto sull'intero comportamento posto in essere dal soggetto pubblico e non (solo) sul provvedimento illegittimo.

Seguendo questo schema, perciò, si possono individuare nuovi obblighi precauzionali e di buona organizzazione in capo all'Amministrazione pubblica che si aggiungono a quelli previsti per legge e la cui inosservanza ben può fondare una colpa dell'ente.

Vanno in questa direzione quelle sentenze del giudice ordinario che hanno condannato l'Amministrazione pubblica per difetto di organizzazione prescindendo dalla colpa individuale dei singoli agenti¹².

Anche sul terreno dell'illecito erariale, la Corte dei conti da tempo condanna i dirigenti per gli illeciti commessi dai propri subordinati se si dimostrano carenze o deficienze dell'organizzazione dell'ufficio, assenza di direttive di servizio o la mancata predisposizione dei necessari controlli preventivi e successivi.

Una implicita conferma alla tesi qui proposta si può ricavare da una pronuncia della Cassazione che, pur se con riferimento ad un'attività materiale, ha stabilito il seguente principio di diritto: «*[n]el caso che un dipendente della pubblica Amministrazione abbia commesso un atto illecito e si accerti che ciò è avvenuto in quanto i superiori gerarchici del dipendente stesso hanno omesso di emanare le direttive opportune per prevenire la commissione, da parte dei lavoratori ad essi subordinati, di atti come quello predetto (vigilando poi sull'applicazione delle direttive medesime), vi è responsabilità diretta della p.a. per il comportamento omissivo di detti superiori, sussistendo sia la riferibilità di tale atto alla stessa p.a. (una volta assodato che nella fattispecie concreta la predetta emanazione rientrava tra i compiti di chi aveva funzioni dirigenziali nella struttura amministrativa in questione), sia l'esistenza di un rapporto di causalità tra il comportamento omissivo di detti superiori e l'evento dannoso (una volta assodato che nella fattispecie concreta senza l'omissione in questione non vi sarebbe stato l'atto illecito del dipendente subordinato direttamente produttivo del danno) in base al principio secondo cui causa causae est causa causati*»¹³.

¹² Così, ad esempio, Cass. 13 aprile 1973, n. 1055, riconosce la responsabilità di un'Amministrazione provinciale, per il danno subito da un infermiere di una clinica psichiatrica, per non aver ben organizzato il servizio con un numero adeguato di infermieri; Trib. Genova, 27 giugno 1988, ha condannato l'Amministrazione scolastica per i danni occorsi all'alunno perché l'organizzazione di quella scuola difettava di misure atte a fronteggiare situazioni di emergenza. Qualche spunto può rivenirsi, altresì, in una sentenza della Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 579, che, con riferimento ad un'ipotesi di danno da contagio di soggetto emotrasfuso, in merito all'elemento psicologico del Ministero della Sanità, ritiene che si «*configurata una colpa dell'Amministrazione consistente in ritardi nella regolamentazione normativa, nella intemperività e nella inadeguatezza delle misure adottate, a fronte dell'esigenza di un intervento sollecito, nonché nella mancata vigilanza sulla loro applicazione, nell'omissione di controlli effettivi sulla sicurezza del plasma, sui canali di approvvigionamento e distribuzione, sulle modalità e sulle cautele seguite nella preparazione*».

¹³ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 864.

Gli “ermellini” precisano che il diritto della p.a. di autodeterminarsi e di darsi l'organizzazione che ritiene migliore, non solo non vale ad escludere la responsabilità diretta dell'ente, «*ma afferma una situazione di discrezionalità della p.a. che costituisce invece proprio il fondamento della responsabilità medesima, per violazione delle regole di comune prudenza*»¹⁴. In sostanza, quindi, il soggetto pubblico è stato ritenuto responsabile, e perciò colpevole, perché il fatto illecito del dipendente è stato causato dall'omessa adozione di direttive preventive da chi svolge funzioni apicali nell'ente.

Occorre aggiungere che la colpa d'apparato si configura soltanto quando la cattiva organizzazione dell'ente, o la mancata adozione di modelli organizzativi preventivi, dipenda da fattori che rientrano nella sfera di influenza dello stesso soggetto pubblico, ad esempio da una colpevole ed irrazionale distribuzione del personale tra gli uffici, dal mancato acquisto delle necessarie attrezzature tecniche pur avendo fondi a disposizione all'uopo destinati, e così via.

Se invece il difetto di organizzazione amministrativa dipende da circostanze che fuoriescono dalla sfera di azione dell'ente, cioè non ha origine dalla condotta di quest'ultimo, non si può naturalmente sentenziare la colpa del soggetto pubblico male organizzato.

Concludendo, un ente che non ha adottato ed efficacemente attuato adeguati modelli preventivi per sua colpa è un ente male organizzato. Questa condotta negligente (e dunque colpevole) dell'apparato, considerato nel suo complesso, assorbe la (eventuale) colpa del singolo che ha emanato il provvedimento illegittimo, e potrebbe portare ad una responsabilità della p.a. per difetto di organizzazione.

Chiaramente, poiché il privato non può dimostrare dall'esterno la violazione di tali regole, è la p.a., che con una inversione dell'onere della prova, deve dimostrare di aver adottato un modello preventivo organizzativo efficace, in grado di evitare l'emanazione di un provvedimento illegittimo.

Non si condivide quindi l'opinione di quella giurisprudenza secondo cui l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale «*risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno e, quindi, al campo d'indagine riservato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria*»¹⁵.

¹⁴ Così ancora Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 864, cit.

¹⁵ In questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; T.A.R. Lazio, Sez. I-bis, 10 febbraio 2005, n. 1236; Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. Stato., Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500.

Certo, l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, tuttavia, a nostro modo di vedere, un ente che ha un'organizzazione non improntata a criteri di buona Amministrazione, ove regna la disorganizzazione amministrativa e gestionale, è un ente sicuramente negligente. Pertanto, il malfunzionamento generale, se collegato causalmente al danno, ben potrebbe dar luogo alla colpa dell'apparato che ha emanato il provvedimento illegittimo, assorbendo così anche le colpe dei singoli. Del resto, un dipendente, ancorché capace, se inserito in una Amministrazione male organizzata può risultare scarsamente produttivo¹⁶, e perciò può anche, per tale motivo, incolpevolmente sbagliare.

Si tratta di un profilo, quello del malfunzionamento generale, non solo potenzialmente rilevante nella produzione del danno (si pensi ad una disorganizzazione gestionale che porta ad affidare la responsabilità di un procedimento complesso ad un dipendente di bassa qualifica o del tutto inesperto), ma che rientra anche nel campo d'indagine riservato al giudice quando deve pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria: in tali casi, infatti, il giudice dovrebbe estendere la propria indagine all'intero comportamento posto in essere dal soggetto pubblico per l'emanazione dell'atto. In questo senso hanno un rilievo e devono essere accertate anche le disfunzioni organizzative, per verificare se queste ultime (e non il comportamento del soggetto agente) siano la causa dell'evento dannoso.

3. Una conferma dal modello previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

Dunque, il ricorso ad un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere potrebbe essere uno strumento utile anche per la pubblica amministrazione.

Questa tesi trova oggi un addentellato normativo nell'art. 1 della l. n. 190 del 2012.

La testé richiamata norma, com'è noto, obbliga le amministrazioni pubbliche ad organizzare gli uffici in modo da prevenire il rischio del verificarsi di fenomeni corruttivi.

Più precisamente, l'art. 1, co. 5, della l. n. 190/2012 impone alle amministrazioni centrali di predisporre un piano di prevenzione della corruzione che, come chiarito dal successivo comma 9, deve rispondere, tra l'altro, alle seguenti esigenze:

¹⁶ Si vedano sul punto S. CASSESE, *I problemi del personale posti a raffronto con le soluzioni*, in *Cons. Stato*, 1991, II, 651; S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova Amministrazione pubblica. Organizzazione per «autonomie» e «diritti» dei cittadini*, Torino, 2000, p. 265.

a) individuare le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti. Tra le attività sono espressamente richiamate – attraverso un rinvio al comma 16 – quelle relative alle autorizzazioni o concessione; alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; alla concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; ai concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera;

b) prevedere, per le suddette attività, meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;

c) prevedere, sempre con particolare riguardo alle predette attività, obblighi di informazione nei confronti del responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano;

d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti;

e) definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione;

f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge.

In sostanza, si tratta di un modello organizzativo teso a prevenire fenomeni di corruzione.

Ai sensi del comma 10 dell'art. 1 cit., il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ha l'obbligo di provvedere, tra l'altro, alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione.

Il successivo comma 12 dispone che in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza risponde a titolo di responsabilità dirigenziale, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:

a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di prevenzione della corruzione e di aver osservato le prescrizioni di compilazione del piano e aver verificato l'efficace attuazione dello stesso e la sua idoneità;

b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

Dunque, la mancata adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato di corruzione, e la mancata vigilanza sulla sua efficacia e attuazione, è sufficiente per incardinare una responsabilità in capo ad un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione.

Si tratta di un sistema che si ispira chiaramente al modello organizzativo di responsabilità penale delle persone giuridiche previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001.

A differenza del modello del d.lgs. n. 231/2001, però, in questo caso la colpa e la relativa responsabilità non viene imputata all'ente, ma ad una persona fisica (il responsabile della prevenzione della corruzione).

Nonostante questa differenza, la soluzione delineata dalla l. n. 190/2012 dimostra la potenziale applicabilità del modello di cui al d.lgs. n. 231/2001 anche alla responsabilità della pubblica amministrazione.

Si può aggiungere che poiché, come sopra detto, molti degli adempimenti necessari per il ricorso al modello preventivo qui ipotizzato sono già previsti come obblighi per le pubbliche amministrazioni da numerose norme (si pensi alla necessità di dotarsi di un codice etico e di un codice di comportamento, di munirsi di un sistema di controlli interni efficace, di formare adeguatamente il personale, di applicare le sanzioni disciplinari, e così via), potrebbe non essere necessaria una esplicita previsione normativa per l'applicazione di tale modello, potendo considerarsi sufficiente quanto già stabilito dall'insieme di norme che di fatto obbligano le p.a. a porre in essere un adeguato ed efficace modello organizzativo teso a prevenire i danni (inclusi quelli) da illegittimo esercizio del potere.