

Legalità e Responsabilità dell'Amministrazione*^{1[*]}

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Le presenti riflessioni hanno ad oggetto diretto il tema della responsabilità, ma in realtà attingono necessariamente anche a quello della legalità con il primo strettamente connesso. Pensare alla responsabilità non si può se non si chiama in causa la legalità. È possibile affrontare il tema della responsabilità dell'Amministrazione in dettaglio e su aspetti specifici, ma la vera comprensione di questa esige che essa sia esaminata partendo da un ambiente più ampio che le fa da cornice.

Osservando le varie tipologie di responsabilità (civile, amministrativa, contabile) sorge spontaneo chiedersi quale sia il parametro di riferimento, se questo sia unico per ogni tipo di responsabilità, se si possa stabilire a priori, rispetto al complesso di possibilità dell'agire amministrativo, quando una realizzazione ne superi il limite e sia fonte di responsabilità.

Il tratto distintivo della responsabilità nelle sue varie accezioni consiste nel fatto che qualcuno abbia subito un danno che vuole trasferire a qualcun altro; non è pertanto possibile limitarsi alla descrizione della fattispecie materiale, perché per il sorgere della responsabilità occorre che si vada di là dei fatti e ci si interroghi sul grado e sul modo di protezione che l'ordinamento assegna ad un determinato interesse.

La responsabilità richiede il giudizio sulla conformità dell'agire umano con i dettami rinchiusi e prospettati dal principio di legalità. Il che è vero non solo per i comportamenti dei singoli soggetti ma anche per quelli della pubblica amministrazione. La responsabilità non può dunque essere separata dalla legalità; senza il parametro della legalità non si può comprendere cosa vi sia d'illegittimo nella scelta amministrativa realizzata, o in che modo questa avrebbe dovuto essere compiuta per essere legittima.

^{1[*]} Intervento al Convegno celebrativo del 150° anniversario della Corte dei Conti, tenutosi a Catanzaro il 16 novembre 2012

Sorge così il problema di definire la legalità. Cosa s'intende per legalità? In quale stadio dell'azione amministrativa la incontriamo così chiara e percepibile che una sua violazione è fonte sicura di danno risarcibile ?

Il fatto è che la legalità percepibile in forma chiara ed incontrovertibile nella realtà non si dà. Da un punto di vista meramente descrittivo parrebbe che la legalità possa essere facilmente definibile e classificabile nelle fattispecie procedurali; e tuttavia una legalità che coincida con la conformità alla norma, serve poco per comprendere il complesso rapporto tra gli innumerevoli interessi, di cui l'individuo è titolare, e l'ordinamento.

Si può allora dire che nell'ambito delle possibilità dell'agire amministrativo tutto sia lecito e/o legittimo? Certamente no. La legalità non sembra situarsi in un ordine caratterizzato da principi stabili. Per quanto l'azione amministrativa sia sottoposta al vincolo della legge, le possibilità interpretative della stessa sono infatti molteplici. Di conseguenza, l'azione amministrativa è esposta a una pluralità di letture che ne rendono imprevedibile la sua rispondenza al canone della legalità; nessuno è, infatti, in grado di dire a priori se un'azione amministrativa sia conforme a diritto prima che intervenga un giudicato (contabile, amministrativo e anche penale) che ne accerti la legittimità.

L'erosione del sistema di legalità appare oggi come un processo irreversibile; non si ha in astratto un modello unico di legalità cui uniformarsi. L'uso della generalizzazione, propria dei volgarizzatori della giurisprudenza, i quali hanno la pretesa di elaborare principi giurisprudenziali stabili e definitivi, approda spesso al fallimento (si veda la vicenda del rapporto tra ricorso principale e quello incidentale escludente). Ogni azione amministrativa è unica, difficilmente riproduce, specie nei suoi elementi fattuali, la precedente, per cui il conformismo giurisprudenziale, visto come un prolungamento del già deciso, risulta estraneo a un ambiente in cui la legalità è divenuta opera creativa del giudice.

Nell'attuale contingenza la legalità è un concetto sempre nuovo, non una ripetizione del passato, una certezza che possa resistere all'interpretazione giurisprudenziale, sempre dinamica.

Essa è plasmata dal giudice (quale, che sia) nella concretezza della fattispecie sottoposta al suo giudizio, e sfugge conseguentemente a tentativi di omologazione statistica.

Per cogliere la vera faccia della legalità, il giudice non può essere considerato, come un tempo riteneva la scuola esegetica che in lui vedeva “la bocca della legge”, un interprete neutro, privo di umano sentire e anche di passioni. Molti autori di sicuro prestigio accademico vedono con estremo favore la crisi delle forme legali in cui la modernità ha racchiuso il diritto e avvertono in tutte le sue implicazioni il tramonto della formulazione classica della legalità di matrice illuministico-liberale.

Occorre ora verificare in estrema sintesi le conseguenze che la crisi della formulazione classica della legalità può avere nella configurazione della responsabilità dell'amministrazione.

Esaminiamo dapprima la tematica relativa all'ambito di pertinenza del giudice amministrativo, ricordando brevemente il percorso che la giustizia amministrativa ha fin qui seguito sin dalla sua istituzione.

In origine – è un fatto noto – la giustizia amministrativa fu vissuta nella consapevolezza che la sua esistenza fosse dovuta alla necessità di accompagnare lo svolgersi del potere pubblico secondo forme legali che servissero a garantire interessi privati, sforniti di adeguata tutela davanti al giudice ordinario, cui era precluso, secondo il dogma della rigida divisione dei poteri, ogni controllo sull'agire della pubblica amministrazione.

Secondo questa configurazione, la problematica della responsabilità della pubblica amministrazione era totalmente estranea al controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, così com'era estraneo il tema dell'effettività della sentenza che il giudice amministrativo pronunciava, annullando l'atto illegittimo. Quello che il cittadino poteva ottenere con una sentenza favorevole, era che il potere, legittimato dalla norma che lo prevede, fosse svolto in modo conforme alla previsione normativa; per questo era previsto che il potere potesse essere riesercitato nella forma legale suggerita dal giudice. L'efficacia della sentenza amministrativa si arrestava dunque alla soglia del potere pubblico, la cui autonomia non era possibile mettere in discussione.

Allora si era ben lontani dall'intendere la responsabilità per lesione di interessi legittimi, quale oggi viene in evidenza allorché il giudice amministrativo si interessa di fatti della vita attinenti alla sfera sostanziale del cittadino. In questo modo, l'autonomia della sfera pubblica inizia a essere erosa, sebbene il principio di legalità continui a essere inteso come conformità a un diritto già posto. Il controllo giurisdizionale del potere amministrativo si svolge ancora sino al 1999 (sino al momento in cui interviene la storica sentenza n. 500 della Cassazione che riconosce la risarcibilità della lesione d'interessi legittimi) secondo i modelli normativi esistenti, i quali sono adattati al fluire della vita amministrativa in continuo divenire.

La pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ora richiamata, non giunge per caso. Essa s'inserisce in un clima culturale che modifica la prospettiva del controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa, in perfetta sintonia con l'incrinatura che la configurazione dello Stato di tipo razionalistico – continentale ha subito. Se lo Stato non rappresenta più la sintesi della società civile, l'azione amministrativa, un tempo rigorosamente subordinata alla legge che esauriva l'ambito della giuridicità, non realizza fini pubblici, preventivamente definiti, ma è tesa alla determinazione di interessi a vantaggio dei singoli; interessi che aspirano ad essere assunti nel sistema giuridico. Il rispetto delle regole, da formale che era, viene perciò riportato al sistema dei valori esistenti e al loro intrecciarsi con le esigenze che la fattispecie concreta presenta. La forma dell'atto amministrativo non è scrutinata sotto il profilo del limite che la pubblica amministrazione deve rispettare per perseguire legittimamente l'interesse pubblico che le è stato affidato. Essa è valutata per il significato che ha assunto di veicolo di utilità che il cittadino aspira a ottenere nel processo. Il singolo reclama, nel processo, una pretesa "particolare" che vuole sia affermata nei confronti di "tutti"; una pretesa, la cui relazione con l'amministrazione è meramente accidentale, nel senso che prescinde da qualunque tipo di rapporto con essa, la quale è tenuta solo a darle riconoscimento.

Nel momento in cui la formula dell'interesse legittimo, attorno alla quale si è sviluppata nel tempo la giustizia amministrativa, sembra entrata definitivamente in crisi e al suo posto sono

subentrati “gli interessi” genericamente tutelati dall’ordinamento (il riferimento è alla sentenza n. 500 della Cassazione), è lecito porsi il quesito di quale sia il controllo di legalità che il giudice amministrativo è oggi chiamato a esercitare, anche al fine di delineare la responsabilità della amministrazione per lesione di interessi che definire legittimi nel senso tradizionale, vale a dire “occasionalmente protetti” (come si usava dire), è perfettamente anacronistico (si veda la vicenda dell’interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che da interesse di fatto, quale è, si vuole che debba assurgere alla dignità di interesse tutelato).

Può dunque ancora dirsi che il giudice amministrativo svolga un’attività (giurisdizionale appunto) che attualizza la norma nel caso concreto in una controversia in cui si discuta del rispetto della “legalità”?

La risposta, necessaria al fine dell’accertamento della responsabilità dell’Amministrazione, presenta aspetti di grande problematicità. Stabilire quale sia il parametro al quale l’Amministrazione avrebbe dovuto ispirarsi nella concretezza della sua azione, non è facile, perché occorre sciogliere il dilemma che l’applicazione della norma suscita: si tratta cioè di stabilire se la norma invocata esaurisca l’ambito della giuridicità, oppure se la sua applicazione richieda che si debba tenere conto della pluralità delle fonti, del fatto che il primato della legge, quale parametro assoluto di legalità, tende a scomparire data la prevalenza delle fonti comunitarie, delle pronunce della CEDU e dei principi – valori costituzionali. In altre parole se l’Amministrazione che applica la norma possa usare gli stessi criteri che utilizza il giudice nella fattispecie concreta e se sì, sino a quale punto anche quello di surrogare l’intelaiatura formale della norma stessa, con l’affermazione di principi – valori.

Il problema non è astratto. Un esempio tratto da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, chiarisce in modo esemplare quanto sin qui detto. Si fa qui riferimento ad una regola giurisprudenziale, formulata dal Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione 15 giugno 2010 n. 3760.

La decisione non risponde alla regola legale e neppure all’impianto giuridico considerato. La fattispecie è semplice e, allo stesso tempo, ricca d’implicazioni valoriali: una cittadina albanese

aveva ottenuto il permesso di soggiorno in sede di emersione di lavoro irregolare. Una volta effettuati i rilievi dattiloscopici in sede di rinnovo del permesso, si scopre che era stata precedentemente espulsa con accompagnamento alla frontiera, e quindi non poteva (al tempo) esserle concesso, in sede di rinnovo, il permesso di soggiorno, che – secondo l'Amministrazione - costituisce un atto vincolato, a nulla rilevando il suo sopravvenuto inserimento sociale per avere sposato un cittadino italiano.

L'argomentazione dell'Amministrazione è perfetta alla stregua del diritto positivo. Il massimo organo di giustizia amministrativa non rinuncia però al suo ruolo di facitore del diritto e, fingendo di descrivere la regola legale e il sistema normativo di riferimento, fornisce un'interpretazione che altera "il caso di specie" per inferire che questo non è "inquadabile nell'archetipo normativo", perché la circostanza che la straniera fosse stata espulsa con provvedimento coattivo è emersa in sede di rinnovo. Da questo incipit appare chiaro quale sarà lo sviluppo dell'argomentazione e anche la sua conclusione: pervenire al risultato di legalizzare la posizione della straniera che ha contratto matrimonio con un italiano. L'espedito per conseguire lo scopo è di fingere che il provvedimento impugnato ha solo la forma del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno, ma in realtà ha altro contenuto: revoca implicita in autotutela dell'originario permesso di soggiorno, rispetto al quale è consequenziale il rinnovo.

Non si vuole insistere sulla assai dubbia assimilazione del provvedimento di diniego di permesso di soggiorno a un provvedimento implicito di autotutela, ma solo rendere evidente che quest'assimilazione è necessaria per pervenire alla creazione di una nuova regola giurisprudenziale, la cui definizione è legittimata dal Consiglio di Stato con il richiamo dell'art. 8 della C.E.D.U. ("Rispetto al diritto della vita privata e familiare"), di precedenti orientamenti giurisprudenziali che hanno sempre tenuto conto dei vincoli familiari dello straniero, nonché di parametri costituzionali.

Il bilanciamento d'interessi, che il legislatore ha operato con la legge, è in tal modo superato da una nuova regola giurisprudenziale che valorizza (sia pure per apprezzabili motivi umanitari) un interesse particolare che non trova alcuna protezione nel modello legale di riferimento. L'atto

amministrativo non ha assecondato la domanda particolare del privato e questo diniego non ha retto al vaglio giurisprudenziale non già perché non fosse rispondente alla regola legale, ma perché ritenuto non compatibile con valori e interessi presenti nella società.

In un panorama giurisprudenziale che vede il giudice privo di limiti legali nel riconoscere “valori” presenti nella società (la questione non riguarda solo il giudice amministrativo, si pensi al “diritto alla buona morte” di discussa matrice giurisprudenziale e al recentissimo “diritto alla vita familiare” delle coppie gay), quale debba essere il criterio di “legalità” che deve ispirare la pubblica amministrazione non pare sia conoscibile prima che intervenga un giudicato che stabilisca quale atto amministrativo debba nella fattispecie essere emanato. Il giudice amministrativo, nella episodicità dei suoi interventi, produce e definisce, di volta in volta, “ciò che è legale” .

Ma la tensione tra interpretazione/applicazione delle forme giuridiche esistenti è estranea all’Amministrazione, la quale è sottoposta al vincolo della legge e non è legittimata ad adottare la metodologia tipica dei processi di “eterointegrazione” dell’ordinamento, che utilizza i principi costituzionali, comunitari e sovranazionali per innovare l’ordinamento vigente, ricorrendo, se necessario, al superamento della regola legale.

Se l’Amministrazione è tenuta al rispetto del bilanciamento degli interessi fissato dal legislatore con la regola posta, non si riesce a capire perché essa debba essere considerata responsabile della sua azione che, conforme al modello legale, non lo è invece rispetto alla regola giurisprudenziale che il giudice inserisce nel circuito normativo per riconoscere quell’interesse particolare, estraneo alla previsione legislativa.

Questo è il punto cruciale della responsabilità, che il giudice amministrativo ha sino ad ora affrontato con prudenza, facendo largo uso dell’elemento soggettivo di cui correttamente esclude la sussistenza, per non accordare il risarcimento del danno. Il problema però resta ed è destinato ad acuirsi con l’orientamento comunitario che non richiede la presenza di questo elemento soggettivo ai fini del risarcimento del danno per lesione d’interessi legittimi, nell’ipotesi di contratti ad evidenza pubblica.

Concludendo sul punto, si può, quindi, dire che la giurisprudenza amministrativa percepisce il tramonto del “mito” del tradizionale sistema della legalità e lo sostituisce con il “mito” dell’effettività, ormai normativamente assunto a principio e a canone interpretativo che consente di dilatare, in sede giurisdizionale, le “forme giuridiche” al fine di tutelare le istanze particolari, ritenute meritevoli di protezione.

Conviene però esaminare la problematica anche dal punto di vista del giudizio di responsabilità che si svolge innanzi alla Corte dei Conti.

Le considerazioni sin qui svolte lasciano trapelare alcuni elementi di forte discontinuità tra le logiche che guidano il controllo di legalità proprio del giudice amministrativo e le logiche cui si ispira il controllo di legalità rimesso al giudice contabile.

In primo luogo è da osservare che, sebbene siano molti i fenomeni che evidenziano la divaricazione tra forme giuridiche e realtà anche nel diritto penale (da sempre, ambito di elezione del principio di legalità), il giudice contabile, come peraltro quello penale, si pone rispetto alle forme giuridiche in una logica completamente diversa rispetto a quella del giudice amministrativo. Tutti sono bensì giudici delle “forme”, ma mentre il giudice amministrativo si caratterizza per essere giudice delle libertà, nel senso che tende ad usare le forme giuridiche per dare rilevanza giuridica ad interessi privati, il giudice contabile e penale si muovono nella logica opposta della efficacia della forma legale che non consente cedimenti o ridimensionamenti; per questi la supremazia della legge è infatti l’unico parametro certo della giuridicità, anche al fine di verificare la responsabilità per danno risarcibile ovvero per configurare il reato di abuso di ufficio, se all’atto *contra legem* si accompagnano anche elementi che potrebbero fare pensare a un “favoritismo”.

Posto che il giudice amministrativo non identifica “il diritto” con la legge, può accadere che egli reputi una forma giuridica illegittima, sebbene fedele al dettato legislativo (diniego di rinnovo di permesso di soggiorno, per restare all’esempio fatto)

Quella medesima forma può viceversa trovare piena convalida nel giudizio contabile o nel giudizio penale, i quali, a differenza del giudizio amministrativo, non possono che essere parametrati al dato obiettivo dell'esteriore conformità dell'operato pubblico al modello legale.

La concomitanza delle tre ipotesi di responsabilità finisce in questa geometria con l'innescare un vero paradosso: assecondando la legge, l'amministrazione si espone alla minaccia di una responsabilità nei confronti dei cittadini amministrati; discostandosi dalla legge, nel tentativo di anticipare le dinamiche valutative del giudice amministrativo, assoggetta i funzionari alla minaccia di una responsabilità erariale o addirittura penale.

Una medesima fattispecie, definibile con precise formule legali, è valutata così sotto tre diverse angolature, con il risultato di provocare aporie difficilmente risolvibili.

Lo spettro di questo paradosso può essere allontanato soltanto dalla consapevolezza della fondamentale differenza che passa, sul piano logico e strutturale, tra le varie forme di responsabilità e, in particolare, tra le funzioni del controllo di legalità rimesso al giudice amministrativo e quello che compete alla Corte dei Conti.

La disciplina della responsabilità amministrativa, come ha ricordato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 371 del 1998, combina "*elementi restitutori e deterrenza*" per "*determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo*".

Al centro dell'istituto si colloca dunque un'istanza di orientamento delle condotte dei funzionari pubblici, che trova un'esplicitazione eloquente nel regime riservato alla verifica dell'elemento soggettivo (colpa grave o dolo).

Questo obiettivo non domina affatto il giudizio amministrativo, il quale in definitiva usa lo strumento risarcitorio per tutelare posizioni giuridiche soggettive, all'interno di un processo di parte.

Un indizio eloquente della diversità di logiche e di vedute che separa i due fronti è offerto dal caso, se vogliamo estremo, della disciplina dell'evidenza pubblica.

I più aggiornati indirizzi della Corte di giustizia vogliono – come accennato - che la responsabilità conseguente alla lesione di interessi legittimi addirittura prescindano dallo specifico accertamento della colpevolezza, per scaturire piuttosto dall'asettico riscontro di una mera ed obiettiva trasgressione dei vincoli normativi, quale accertata dal giudice amministrativo.

Su queste basi si può affermare che le conclusioni raggiunte dal giudice amministrativo, in punto di risarcimento, non siano per loro natura adatte a fornire al giudice contabile una piattaforma valutativa sicura e incontrovertibile; lo scorrimento dal processo amministrativo al giudizio della Corte dei Conti comporta uno scarto, un passaggio - avulso da automatismi - da un controllo di legalità propedeutico alla salvaguardia delle libertà individuali ad un controllo di legalità interessato alla funzionalità delle scelte pubbliche, ai loro risultati, in termini di costi e di vantaggi per l'amministrazione.

In questa logica, pare che l'obbligo contemplato dall'art. 2 c. 8 della legge generale sul procedimento n. 241 del 1990 – secondo cui le sentenze di accoglimento del ricorso avverso il silenzio inadempimento, una volta passate in giudicato, devono essere trasmesse in via telematica alla Corte dei conti – non sia passibile di generalizzazione o di sistematico allargamento a fattispecie diverse da quella espressamente contemplata.
