Studi
in memoria
di Salvatore Cascino

prefazione di Salvatore Sfrecola
contributi di:

Sergio Auriemma; Angelo Buscema; Giorgio Capone; Antonio Ciaramella; Massimo Di Stefano; Fernanda Fraioli; Gian Piero Jaricci; Fulvio Longavita; Tommaso Miele; Luisa Motolese; Giuseppe Nicoletti; Massimo Perin; Salvatore Pilato; Carmine Scarano; Marco Smiroldo; Gloria Tinello; Alfonso Tranchino

Pagine

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Salvatore Cascino
Presidente di Sezione Onorario
della Corte dei conti

È la prima volta che questa Rivista dedica un fascicolo "in memoria" di un Collega scomparso. La scelta, che ho sottoposto ai colleghi ricevendo generali consensi, che per alcuni hanno costituito un impegno scientifico con i lavori che arricchiscono questo volume, ha riguardato Salvatore Cascino, che ha lasciato la Corte dei conti avendo ricoperto da ultimo le funzioni di Vice Procuratore Generale presso la Procura Generale, dopo aver prestato servizio presso vari Uffici di controllo.

Nato a Bologna il 19 giugno 1931, da famiglia di origine siciliana (Piazza Armerina), il padre era un ingegnere della Motorizzazione Civile, vissuto a Torino negli anni della guerra, successivamente la Famiglia Cascino si trasferisce a Roma.

Salvatore vince il concorso per cancelliere, quindi si laurea in giurisprudenza all'Università di Siena.

Assolve gli obblighi militari come Ufficiale di Complemento dell'Aeronautica Militare, assegnato ad Alessandria con il grado di Tenente.

Sposato, due figlie, vince un concorso come funzionario nella carriera direttiva al Ministero delle Finanze.

Il 1° gennaio 1971 vince il concorso in magistratura alla Corte dei conti.

La prima assegnazione vede Salvatore Cascino in servizio presso la Delegazione regionale della Corte di Milano. Nel 1973 è trasferito a Roma, presso l'Ufficio Controllo sugli atti e le contabilità della Presidenza del Consiglio.

Il 4 aprile 1977 prende servizio presso la Procura Generale nell'ambito della quale, dal 1995, è assegnato al Servizio Appelli e Ricorsi dove conclude la sua carriera fino al collocamento a riposo, per motivi di salute, il 1° ottobre 1999.

Il Consiglio di Presidenza gli attribuisce la qualifica di Presidente di Sezione onorario.

Muore a Roma il 10 ottobre 2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

SOMMARIO

Salvatore Sfrecola
Presentazione del fascicolo, *pag. 129*
Sergio Auriemma
Lineamenti di una *«responsabilità organizzativa»* nelle pubbliche amministrazioni, *pag. 146*
Angelo Buscema
Profili di responsabilità amministrativa a seguito della giurisprudenza amministrativa riguardante i tempi di pagamento ai fornitori, *pag. 182*
Giorgio Capone
La responsabilità amministrativo-contabile, nei confronti degli gli organi politici locali e degli organi di gestione, *pag. 192*
Antonio Ciaramella
Translatio iudicii e giurisdizione contabile, *pag. 200*
Massimo Di Stefano
Considerazioni in tema di danno erariale e di criteri della sua determinazione, *pag. 212*
Fernanda Fraioli
Brevi note in merito all'accesso agli atti del processo contabile, *pag. 226*
Gian Piero Jaricci
Il risarcimento in misura ridotta nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti, *pag. 242*
Fulvio Longavita
L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del P.M. contabile, *pag. 247*
Tommaso Miele
Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa, *pag. 271*
Luisa Motolese
La responsabilità del medico nell'ordinamento giuscontabile, *pag. 307*
Giuseppe Nicoletti
La funzione giurisdizionale a garanzia degli equilibri della Finanza pubblica, *pag. 314*
Massimo Perin
Il risarcimento del danno ambientale: concorrenti profili di responsabilità amministrativa, *pag. 324*
Salvatore Pilato
L'impresa pubblica: l'evoluzione della giurisprudenza nell'analisi dei fenomeni societari, *pag. 350*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Carmine Scarano
Controllo giurisdizionale dei provvedimenti di archiviazione della *notizia damni* da parte delle Sezioni regionali, *pag. 362*
Marco Smiroldo
La garanzia costituzionale del giudice precostituito per legge nei giudizi dinanzi alla corte dei conti, *pag. 374*
Gloria Tinello
La responsabilità dinanzi alla Corte dei conti del curatore fallimentare, *pag. 395*
Alfonso Tranchino
Il giudizio per la resa del conto di azioni e quote societarie, *pag. 410*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Corte dei conti: tempesta d'estate
(quando il potere politico "non ci sta": storia di un decreto legge, della legge di conversione e di un decreto correttivo)

di Salvatore Sfrecola

1. – Entriamo in tema. Questo fascicolo di "Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici" viene distribuito in coincidenza con un dibattito vivace, non ancora concluso, nel quale politica ed informazione hanno detto la loro, con toni spesso polemici, intorno ad alcune norme dirette a limitare le attribuzioni della Corte dei conti, soprattutto in materia di giurisdizione di responsabilità amministrativa per danno all'erario.

Mentre scriviamo la questione è ancora in Parlamento, in attesa dell'esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103, recante disposizioni correttive del decreto-legge anticrisi n. 78 del 2009[1]. Non ancora assegnato alle commissioni per il parere di competenza, al momento il testo è oggetto di approfondimenti da parte della stampa e dell'Associazione Magistrati della Corte dei conti che ha apertamente contrastato l'iniziativa governativa, con riguardo sia all'iniziale provvedimento urgente "anticrisi" ed alle proposte emendative presentate nel corso della discussione alla Camera, sia al "maxiemendamento" dell'Esecutivo che, come vedremo, ha recepito parte delle norme volute dalla maggioranza. Per cui l'Associazione rivendica il merito di aver ottenuto la cancellazione delle disposizioni maggiormente lesive delle attribuzioni della Corte e si prefigge di seguire con attenzione l'iter del disegno di legge di conversione del decreto "correttivo" perché non vengano riproposte, magari in forma diversa, alcune iniziative che miravano a limitare pesantemente soprattutto i poteri d'iniziativa e istruttori delle Procure regionali, quei "paletti" dei quali si è letto ripetutamente sui giornali.

Ne consegue che la presentazione di questo fascicolo non può trascurare di dar conto degli eventi. La situazione d'incertezza sulla definitiva approvazione del decreto legge n. 103 e sulla sua applicazione consiglia, tuttavia, di rinviare ad un prossimo fascicolo della *Rivista* una valutazione più approfondita delle nuove norme che oggi ci limitiamo a richiamare nella successione dei testi, con qualche limitata chiosa, "a prima lettura", anche per offrire qualche spunto per successive riflessioni.

2. - In origine è stato il decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, recante "provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione ita-

[1] Atti Senato 1749.

liana a missioni internazionali". Un decreto-legge *omnibus*, come si evince dalla stessa intitolazione, proprio di una stagione della nostra legislazione d'urgenza che, approfittando di un'obiettiva lentezza dei lavori parlamentari[1], in uno alla grave arretratezza che caratterizza le norme di azione della Pubblica Amministrazione, ha consentito di dilatare il concetto di "casi straordinari di necessità" (art. 77, comma 2, Cost.), espropriando di fatto il Parlamento del potere di decidere sulla normativa più rilevante, che viene sistematicamente approvata con decreti legge il cui testo, in sede di conversione, risulta integralmente sostituito da un "maxiemendamento" sul quale è stata posta la questione di fiducia[2].

Ebbene, quel decreto-legge "anticrisi" prevedeva all'art. 17 (Enti pubblici: economie, controlli, Corte dei conti) due commi, il 30 e il 31, riguardanti esclusivamente le funzioni di controllo della Corte dei conti:

30. All'articolo 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo la lettera f), sono inserite le seguenti:

«f-bis) atti e contratti di cui all'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001[3];

f-ter) atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'articolo 1,

---

[1] *Leggi ordinarie troppo lente*, intervista di R. FERRAZZA al Ministro per i rapporti con il Parlamento Elio Vito, in *Il Sole 24 Ore*, 4 agosto 2009, pag. 12.

[2] S. SFRECOLA, *Il maxiemendamento mortifica il Parlamento*, in www.unsognoitaliano.it. 20 luglio 2009.

[3] 6. Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;

d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso (14). Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto (Comma così modificato dall'art. 17, comma 26, lett. a), D.L. 1° luglio 2009, n. 78).

comma 9, della legge 23 dicembre 2005, n. 266[1]*;».*

31. Al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite.

Due disposizioni delle quali si può comprendere e condividere le ragioni. Con la prima, il comma 30, si sottopongono al controllo preventivo di legittimità i provvedimenti di conferimento di incarichi di studio e di consulenza da tempo al centro di polemiche, anche giornalistiche, che hanno preso di mira l'attribuzione di laute prebende a personaggi d'incerta professionalità ai quali sono assegnate attività di studio o di ricerca assolutamente improbabili. Si tratta assai spesso, come denunciano i *curricula*, di collaboratori di partito o di corrente non altrimenti remunerabili, che passano da uffici stampa a strutture di *staff* ai consigli di amministrazione di aziende e società in mano pubblica, per ritornare a prestare la loro opera di esperti nei ministeri e negli enti locali. È la "casta" dei portaborse sulla quale si sono soffermate alcune istruttorie delle Procure regionali della Corte dei conti, in specie di quella del Lazio, che hanno individuato incarichi non conformi alle esigenze delle amministrazioni, così provocando vivaci diatribe anche per avere, in questa e nella passata legislatura, ipotizzato e, a volte, accertato la responsabilità di alcuni ministri.

Dunque l'atto di conferimento dell'incarico viene sottoposto a controllo. Ma non si fa in tempo a lodare la saggezza dell'iniziativa, la "voglia di legalità" che l'iniziativa sembra sottendere, tenuto conto che l'amministrazione è tenuta al rispetto di alcune regole fondamentali che nel caso delle consulenze

9. Fermo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 11, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, esclusi le università, gli enti di ricerca e gli organismi equiparati, a decorrere dall'anno 2006, non potrà essere superiore al 30 per cento di quella sostenuta nell'anno 2004. Nel limite di spesa stabilito ai sensi del primo periodo deve rientrare anche la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti (Comma così modificato prima dall'art. 27, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 e poi dal comma 2 dell'art. 61, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come sostituito dalla relativa legge di conversione e con la decorrenza indicata nel comma 3 dello stesso articolo 61. Vedi, anche, il comma 22-bis dell'art. 1, D.L. 18 maggio 2006, n. 181, come modificato dal comma 424 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296. Vedi, inoltre, i commi 467 e 505 dell'art. 1 della citata legge n. 296 del 2006, nonché la lett. f-ter) del comma 1 dell'art. 3, L. 14 gennaio 1994, n. 20, inserita dall'art. 17, comma 30, D.L. 1° luglio 2009, n. 78.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sono la provata indispensabilità della prestazione richiesta all'esterno, come stabilito dalle norme più recenti richiamate dal decreto-legge, che spunta la norma che corrisponde alla volontà vera della classe politica: l'impunità.

Poiché non è sempre agevole la valutazione delle ragioni della scelta[1] ma soprattutto è possibile che una consulenza presentata come necessaria, e pertanto formalmente legittima, sia, di fatto, nella sua concreta realizzazione assolutamente inutile, ecco che, nel corso del dibattito parlamentare, viene presentato l'emendamento del solito deputato "della maggioranza" che rivela l'obiettivo autentico di quel "desiderio" di legalità. Così, da un lato, si propone di concentrare a Roma l'esame dei provvedimenti in tema di incarichi e consulenze e, dall'altro, di rendere gli effetti dei relativi provvedimenti immuni da profili di responsabilità, quando fossero stati esaminati con effetto positivo (visto e registrazione) dagli uffici di controllo della Corte dei conti, escludendo la stessa configurabilità del profilo soggettivo della colpa grave. Ne parleremo più avanti.

Quanto alla norma (comma 31) diretta ad assicurare "la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti" nell'ambito del controllo, l'iniziativa corrisponde ad un'esigenza effettiva e sentita, anche all'interno della Corte, in quanto la diversità degli orientamenti richiede, dopo il necessario approfondimento, una messa a punto definitiva dell'orientamento della Corte in modo che provvedimenti uguali non diano luogo a pronunce contrastanti con evidente lesione del principio costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione (art. 97).

3. – Il maxiemendamento e la legge di conversione. Le cose si complicano, come abbiamo in parte anticipato, nel corso dell'iter parlamentare, alla Camera, dove, con un evidente gioco delle parti, intervengono alcuni emendamenti della maggioranza che incidono ulteriormente sulle funzioni di controllo e definiscono profili di diritto sostanziale e processuale in tema di responsabilità amministrativa che destano lo sconcerto, in ordine temporale, del Presidente della Camera e del Capo dello Stato, che intervengono a chiedere una revisione delle norme limitative dei poteri delle Procure regionali.

In sostanza, quel che il Governo non aveva "osato" lo fa proporre dai "suoi"parlamentari. Molto più del lecito e del ragionevole. Poi l'esecutivo mette a punto un maxiemendamento che recupera alcune istanze parlamentari, abbandonando le altre. Apre la strada ad un ulteriore compromesso con il Quirinale e, per quel che riguarda la Corte dei conti, con l'Associazione Ma-

[1] A. CICCIA, P.A., *Consulenze a briglia sciolta*, in *Italia Oggi*, 22 agosto 2009, pag.28.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

gistrati. E spunta il decreto legge correttivo del precedente decreto legge già convertito. I maestri del diritto pubblico italiano si saranno rivoltati nella tomba. Ugualmente molti politici della tanto vituperata "Prima Repubblica".

In sede di conversione (legge 3 agosto 2009, n. 102) del decreto legge n. 78, dunque, le norme riguardanti la Corte dei conti risultano le seguenti:

30-bis. Dopo il comma 1 dell'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, è inserito il seguente:

"1-bis. Per i controlli previsti dalle lettere f-bis) e f-ter) del comma 1 è competente in ogni caso la sezione centrale del controllo di legittimità".

30-ter. Le procure regionali della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine subìto dall'amministrazione nei soli casi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'articolo 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia stato cagionato per dolo o colpa grave. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta.

30-quater. All'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità.";

b) al comma 1-bis, dopo le parole: "dall'amministrazione" sono inserite le seguenti: "di appartenenza, o da altra amministrazione,".

30-quinquies. All'articolo 10-bis, comma 10, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, dopo le parole: "procedura civile," sono inserite le seguenti: "non può disporre la compensazione delle spese del giudizio e"»;

Sono soppressi, invece i seguenti emendamenti della maggioranza, che avevano destato non poche polemiche. Li riportiamo a scopo conoscitivo con la

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

speranza di non vederli più riproposti:

31-bis. Ferme restando le altre competenze attribuite dalle norme vigenti, la Corte dei conti a sezioni riunite, nella composizione di cui all'articolo 4, secondo comma, del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, giudica, anche con sentenza definitiva di accertamento, sui ricorsi proposti dagli organi politici di vertice delle amministrazioni che vi abbiano interesse avverso le deliberazioni conclusive di controlli su gestioni di particolare rilevanza per la finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale. I ricorsi sono proposti nel termine perentorio di sessanta giorni dalla formale comunicazione delle deliberazioni medesime.

31-ter. L'accertamento dei fatti compiuto con la deliberazione conclusiva di controllo su gestioni fa stato in ogni grado di giudizio instaurato davanti alla Corte dei conti.

31-quater. L'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte dei conti è obbligatorio qualora atti, fatti o comportamenti a carico di uno o più magistrati della Corte dei conti vengano segnalati allo stesso Procuratore generale, configurandoli come possibili illeciti disciplinari, dal Presidente della Corte dei conti, quale garante del corretto svolgimento di ogni funzione collegiale o monocratica della Corte.

31-quinquies. All'articolo 4 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«2-bis. Al fine di rafforzare l'attività parlamentare di controllo della finanza pubblica e di garantire l'indipendenza della Corte dei conti in attuazione dell'articolo 100 della Costituzione, il Presidente della Corte, entro il 30 maggio di ogni anno, trasmette alle Camere una relazione in merito allo svolgimento delle funzioni istituzionali e alle connesse esigenze finanziarie della Corte, evidenziando separatamente i costi di gestione e i piani di sviluppo. Nella relazione sono, in particolare, illustrate le spese connesse alle funzioni della Corte quale organo ausiliario del Parlamento, con particolare riferimento all'attività di controllo parlamentare sui conti pubblici e sulla qualità e razionalizzazione della spesa. La relazione individua, distintamente rispetto alle spese obbligatorie e d'ordine e a quelle legate all'espletamento delle funzioni giurisdizionali, le esigenze direttamente ricollegabili allo svolgimento delle funzioni di organo ausiliario del Parlamento, con particolare riferimento alle attività finalizzate alla relazione annuale al Parlamento sul rendiconto generale dello Stato, nonché alle attività volte al perseguimento delle priorità indicate dal Parlamento in ordine allo svolgimento dei controlli sulla gestione, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della presente legge, ivi comprese le attività conseguenti all'applicazione

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dei commi 53, 60, 62, 64, 65 e 70 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché dell'articolo 11 della legge 4 marzo 2009, n. 15. I Presidenti delle Camere, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari sulla relazione, la trasmettono al Ministro dell'economia e delle finanze».

4. – A prima lettura. L'emendamento che riguarda il controllo sulle consulenze, mentre ripristina una verifica preventiva della legittimità della quale si sentiva il bisogno a causa dell'indiscriminata attribuzione di incarichi spesso di nessun reale interesse per l'amministrazione e comunque onerosi, come dimostra il ricorrente tentativo di limitarli attraverso la previsione legislativa di un tetto alla spesa, inserisce una clausola che ha destato non poco sconcerto. Innanzitutto l'attribuzione della verifica della legittimità, concentrata nella Sezione centrale del controllo, cioè negli uffici romani, contraddice il decentramento operato dall'art. 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. "La Loggia")[1] che ha istituito sezioni regionali di controllo. Un ritorno centralista[2] in una Repubblica che con la riforma del 2001 ha assunto un assetto indubbiamente federale, come attesta l'art. 117 della Costituzione in relazione alle funzioni legislative dello Stato e delle Regioni.

4.1. - Poi un'intrusione nella disciplina della responsabilità amministrativa mediante la previsione che "in ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità".

Finora sul piano normativo vigeva la regola opposta. Infatti, l'art. 81, comma 2, della legge di contabilità generale (R.D. n. 2440 del 1923), afferma che "la responsabilità dei funzionari non cessa per effetto della registrazione o dell'applicazione del visto da parte della Corte dei conti sugli atti d'impegno e sui titoli di spesa"[3]. Norma analoga si rinviene nell'art. 27 del T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, il R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, che riproduce l'art. 15 della legge istitutiva della Corte (14 agosto 1862, n. 800): "la responsabilità dei ministri non viene mai meno in qualsiasi caso per effetto della registrazione e dei visto della Corte".

In proposito, in dottrina ed in giurisprudenza è stato da gran tempo chiarito che oggetto del giudizio di responsabilità non è l'atto amministrativo con le

---

[1] Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

[2] F. STADERINI, *Dopo le continue riforme Corte dei conti centralista*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2009.

[3] Analogamente l'art. 27 del R.D. 1214/1934: "la responsabilità... non viene mai meno in qualsiasi caso per effetto della registrazione e del visto della Corte".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sue eventuali patologie, secondo i parametri propri dei classici vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, secondo le figure sintomatiche individuate dalla giurisprudenza del giudice amministrativo[1]), bensì la condotta, cioè un comportamento lesivo sotto il profilo della liceità/illiceità, che può anche essere costituito tanto da un'attività quanto da un'inerzia in presenza della necessità di agire. Pertanto, nell'accertamento della responsabilità, quando l'attività presunta fonte di danno ricomprende un atto amministrativo, questo "non viene in rilievo come tale ma come fatto giuridico idoneo a produrre effetti dannosi e l'accertamento del giudice contabile non cade mai sulla legittimità-illegittimità dell'atto ma sulla liceità-illiceità del fatto giuridico che ha comportato una diminuzione patrimoniale. Cosicché l'illegittimità dell'atto non è di per se sufficiente a concretare un illecito amministrativo mentre, all'inverso, una illiceità può riscontrarsi anche in presenza di atti formalmente legittimi"[2]. Dato testuale che ha fin qui contraddetto le tesi di alcuni autori secondo i quali l'atto legittimo non potrebbe essere fonte di responsabilità[3]. Tra l'altro, dalla distinzione tra illegittimità ed illiceità ne è conseguita la non configurabilità di rapporto di pregiudizialità del giudizio amministrativo rispetto a quello contabile, per cui il giudizio innanzi alla Corte dei conti non potrebbe essere sospeso in pendenza della decisione di una misura cautelare richiesta al competente giudice amministrativo[4].

Con la novella dell'agosto 2009 passa, dunque, alla storia tutta una copiosa elaborazione giurisprudenziale sulla valutazione dell'illegittimità dell'atto ai fini del giudizio sull'illiceità della condotta nel giudizio di responsabilità amministrativa. Illegittimità che ha pesato sul giudizio esclusivamente quale indice significativo della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave. Nel senso che "ciò che rileva è che tale illegittimità sia ascrivibile al soggetto che abbia emesso il provvedimento o adottato il comportamento dannoso a titolo di dolo o colpa grave; in altre parole si è sempre ritenuto necessario che si versi in una situazione di illiceità e non soltanto di mera illegittimità".

"E tuttavia, pur con tale precisazione, la valutazione della illegittimità dell'azione od omissione presa in esame ha sempre costituito il presupposto logico del giudizio di illiceità fondato sull'accertamento della sussistenza

---

[1] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 510 e ss.

[2] P. SANTORO, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, cit., 758; Id., *Le materie di contabilità pubblica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005, 322.

[3] M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996, 38; laddove questo Autore afferma che la formula della distinzione tra illiceità del comportamento e illegittimità dell'atto sarebbe "ridotta al rango di clausola di stile, priva di qualsiasi utilità concettuale".

[4] Sez. I centrale, 24 novembre 2004, n. 383/A, in *Riv. Corte dei conti*, 2004, n. 6, II, 63.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, dovendo escludersi che possa parlarsi di antigiuridicità in relazione ad un'azione del tutto legittima"[1].

Per cui nella giurisprudenza del giudice contabile ha fin qui assunto rilievo il principio della "finalizzazione" della scelta effettuata, cioè della sua corrispondenza alle finalità istituzionali dell'amministrazione o dell'ente pubblico di riferimento, valutata secondo un duplice criterio: quello dell'attribuzione normativa di un potere discrezionale e quello della razionalità della scelta, intesa come congruità e proporzionalità rispetto al fine da conseguire. Troviamo, pertanto, l'affermazione che fonda la responsabilità degli amministratori per il danno subito da un Comune a seguito della soccombenza in giudizio per l'irregolare svolgimento di una procedura di concessione con violazione del principio di imparzialità e di parità di trattamento, cui l'amministrazione è tenuta per dettato costituzionale (art. 97), e difetto di motivazione[2].

4.2. – Altra grave lesione recata alle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti riguarda il "danno all'immagine" che viene di fatto abolito[3].

Perché questo giudizio?

La nuova norma prevede che l'azione per il risarcimento del danno all'immagine sia esercitabile da parte del Procuratore regionale della Corte dei conti nei soli casi e modi previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, cioè limita la possibilità del risarcimento ai soli casi di illecito penale accertato con sentenza irrevocabile.

La norma, proposta in sede parlamentare, subito accolta dal Governo nel maxiemendamento che chiude la vicenda su una fattispecie di danno di particolare rilievo che non può assolutamente essere circoscritta ai reati contro la pubblica amministrazione.

In sostanza il danno "all'immagine ed al prestigio dell'amministrazione'', come è stato meglio definito dalla giurisprudenza della Corte dei conti[4], un tempo qualificato "danno morale", prende le mosse dal principio della c.d. "immedesimazione organica", la quale porta ad identificare l'Amministrazione con il soggetto che per essa agisce, consentendo di ritenere risarcibile sul piano patrimoniale il danno conseguente alla grave perdita di

---

[1] M. RISTUCCIA, Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lazio, in http://www.corteconti.it/Ricerca-e-1/Gli-Atti-d/cartella/Documenti/Sezione-gi14/Inaugurazi/inaugurazione-anno-giudiziario-2009.doc_cvt.htm.

[2] Sez. giur. Lazio, 29 luglio 2008, n. 1249, *inedita*. In sostanza, ai fini della valutazione dell'illegittimità dell'attività amministrativa, quale presupposto della ingiustizia del danno subito dall'erario e dell'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, la Corte, individuate le norme regolatrici della specifica attività procede alla comparazione tra la condotta in astratto prevista dalla norma e quella in concreto tenuta dal convenuto.

[3] SENATOR, *L'Italia rinuncia all'immagine e al prestigio*, in www.unsognoitaliano.it, 3 agosto 2009.

[4] Sez. Umbria, 28 maggio 1998, n. 501, in *Riv. Corte dei conti*, 1998, n. 3, I, 195.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica"[1] che si conseguenza di un illecito commesso dal dipendente nell'esercizio delle sue funzioni.

La limitazione dell'azione risarcitoria alle sole fattispecie di un delitto contro la pubblica amministrazione non esaurisce evidentemente i possibili comportamenti capaci di recare pregiudizio all'immagine ed al prestigio dell'Amministrazione. Rimangono, infatti, fuori i casi di sperpero di pubblico denaro che destano particolare allarme sociale e viva indignazione nel cittadino contribuente. Infatti, come è stato autorevolmente precisato, "la lesione dell'immagine è un effetto diretto ed immediato dell'accertamento dell'abuso della pubblica funzione" che causa, "secondo comune esperienza, un deterioramento del rapporto di fiducia tra la cittadinanza e l'istituzione pubblica, la quale viene percepita come entità non affidabile, talvolta finanche nemica, finita nelle mani di soggetti dediti a perseguire soltanto illeciti interessi particolari …"[2].

Nella riflessione giurisprudenziale si colloca un'importante pronuncia della Cassazione che, nel dichiarare la giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla specifica fattispecie, ha qualificato il danno in termini di patrimonialità, sia pure in senso ampio, quale conseguenza della grave perdita di prestigio e dell'immagine della personalità pubblica agli occhi dei consociati[3].

Mentre l'elaborazione giurisprudenziale in ordine a questa fattispecie è ancora in corso, anche per effetto delle sentenze della Cassazione n. 14488/2003 e 7024/2006 delle Sezioni Unite[4] il legislatore interviene "a gamba tesa" a dire che non vuole che gli amministratori ed i dipendenti pubblici siano chiamati a rispondere quando compiono atti che ledono l'immagine di indipendenza, imparzialità e buon andamento dello Stato e degli enti pubblici, che non siano già stati sanzionati in sede penale, si badi bene per un numero ristretto di reati.

Non è tuttavia la limitazione di cui si è appena detto ad indurci a ritenere di fatto abolito il risarcimento del danno alla P.A.. Infatti, come è noto, la maggior parte dei processi penali riguardanti i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel titolo terzo del libro secondo del codice penale, dal peculato (art. 314) alla malversazione (art. 316-bis) alla concussione (art. 317) alla corruzione (art. 318), per non richiamare che le fattispecie che de-

[1] Sez. Lazio 10 gennaio 2005, n. 132, in un caso di attività truffaldina svolta da un funzionario dell'Inpdap addetto alla ricezione delle domande di assegnazione di immobili di proprietà dell'Ente.

[2] Corte dei conti, Sez. II centrale, 26 gennaio 2004, n. 27/A.

[3] Cassazione, SSUU civili n. 5668 del 21 marzo 1997.

[4] M. ATELLI, *La promozione dell'immagine dell'ente pubblico fra lecito e illecito*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, n. 9, 76.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

stano, nella categoria, maggiore allarme sociale, si chiudono in gran numero con l'accertamento dell'intervenuta prescrizione. In sostanza non si ha quella "sentenza irrevocabile di condanna" prevista dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, che va posta alla base dell'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale.

Ne consegue che l'aver precisato nella relazione che accompagna il disegno di legge di conversione del decreto legge n. 103 che "il corso della prescrizione dell'eventuale illecito contabile resta sospeso fino alla conclusione del procedimento penale" costituisce un'autentica "ipocrisia" normativa. Infatti la prevalente giurisprudenza fissa il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione nel passaggio in giudicato della sentenza definitiva.

La nuova normativa sarà oggetto di approfondimenti e già vengono espresse valutazioni al riguardo che consentirebbero alle Procure di agire senza attendere il giudizio penale[1].

In conclusione sul punto si potrebbe dire che l'azione di responsabilità non la può esercitare il Procuratore regionale della Corte dei conti ma all'Amministrazione è sempre consentito chiedere il ristoro del danno all'immagine dinanzi al giudice ordinario. C'è solo da chiedersi quale amministrazione, considerato che dall'Esecutivo è giunta l'accettazione dell'iniziativa parlamentare che ha confezionato la disposizione della quale ci occupiamo.

4.3. – La nuova normativa introduce una definizione di "danno erariale" in precedenza disciplinato dall'art. 82 della legge di contabilità generale dello Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440),secondo il quale "l'impiegato che, per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato è tenuto a risarcirlo". Disciplina integrata dall'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (testo unico delle leggi sulla Corte dei conti)[2] e dagli artt. 18 e 19 del d.P.R. 10 gennaio 1967, n. 3 (T.U. delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato) e, da ultimo, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20, che ha disegnato un assetto definitivo generale

[1] M. ATELLI, *Il danno tangibile si può perseguire senza attendere il giudizio penale*, in *Italia Oggi*, 5 agosto 2009, pag. 26.

[2] "I funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da Amministrazioni, Aziende e Gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni, per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza, cagionino danno allo Stato o ad altra Amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali". Sono amministrazioni dello Stato i Ministeri (es.: delle finanze, dell'interno, della pubblica istruzione, ecc.) ed i loro uffici decentrati (es.: intendenze di finanza, ora direzioni per le entrate, prefetture, provveditorati agli studi, ecc.). Sono amministrazioni od aziende autonome statali l'A.N.A.S., le Poste, i Monopoli di Stato, ora enti pubblici economici, ecc.).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

alla materia.

Con la novella dell'agosto 2009 "per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'articolo 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia stato cagionato per dolo o colpa grave".

Qualche osservazione sulla *notitia damni*, che deve essere "specifica e precisa". Non appare una novità. Infatti il P.M. contabile non avrebbe potuto, neppure in precedenza, avviare un procedimento sulla base di una notizia, comunque acquisita, che non ipotizzasse un danno e facesse intravedere che questo fosse conseguenza di un comportamento colposo, salvo a verificare, a questo servono gli accertamenti istruttori, l'esatto ammontare del pregiudizio subito dall'ente pubblico e la responsabilità di un soggetto convenibile innanzi alla Corte dei conti quanto meno a titolo di colpa grave (art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20).

La vera novità sta nell'azione di nullità che "può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti", in presenza di "qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma", cioè della non specificità o concretezza della notizia di danno. Nel senso che la nullità sulla quale è tenuto a pronunciarsi il giudice dovrebbe seguire ad una *notitia damni* "generica" che dia luogo ad una richiesta di dati e di informazioni altrettanto "generica", cioè che non faccia riferimento a "atti e fatti individuati", ma vada piuttosto "alla ricerca" di fatti e atti da mettere a fondamento della contestazione di responsabilità. Infatti l'art. 5, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 19, definisce "presunto responsabile" il destinatario dell'invito a fornire deduzioni, atto conclusivo delle indagini, al termine delle quali se non sono accertati elementi di responsabilità il procedimento deve essere archiviato.

Ugualmente, in caso di "deleghe" istruttorie, ex art. 2, comma 4, della legge 19/1994 esse non possono avere ad oggetto la "ricerca" di atti o fatti non sorretti neppure da un "indizio" di danno.

Sono i casi nei quali, debordandosi dal limite fisiologico dell'"indagine istruttoria" il P.M. attuerebbe quel "controllo generalizzato" che non spetta a quell'ufficio, come ha spiegato la Corte costituzionale.

Quanto all'azione di nullità essa realizza una forma di controllo eventuale da parte del giudice. Infatti, poiché può avere ad oggetto anche atti "istrutto-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ri", oltre che processuali, nonché essere promossa "in ogni momento", è evidentemente un'azione astrattamente esperibile prima ancora che sia incardinato il giudizio, cioè prima del deposito della citazione. Con la conseguenza che l'eventuale pronuncia di nullità comporterà una sorta di "archiviazione giudiziale" degli atti, disposta dal giudice.

La norma nulla statuisce quanto alla forma (istanza, ricorso ?) e da altri profili del procedimento, ad esempio in ordine all'obbligo o meno di notificazione al Procuratore regionale. Sembra non possa essere sufficiente il solo deposito presso la Segreteria della Sezione. Né sono stabilite forma e natura del procedimento (camerale, collegiale), l'influenza sul prosieguo del processo e sul collegio giudicante in caso di reiezione della domanda di nullità. Non è chiaro neppure quale forma debba assumere il provvedimento del giudice giudiziale (ordinanza, decreto).

In sostanza la questione "nullità" si presenta come una mina vagante in attesa che i primi ricorsi vengano presentati e decisi, in primo grado e in appello[1].

I commenti della stampa sul maxiementamento sono particolarmente severi. Li definisce "paletti" all'azione del Pubblico Ministero[2]. Il tutto nell'ambito di un attacco alla Corte mosso dal Governo[3]. L'Associazione Magistrati della Corte dei conti denuncia il tentativo di creare "un'ingiustificata zona franca" nella gestione del pubblico denaro[4].

5. – Il decreto legge "correttivo" (n. 103 del 2009). A questo punto interviene il decreto legge 3 agosto 2009, n. 103 che reca "disposizioni correttive del decreto-legge anticrisi n. 78 del 2009"[5]. Se ne dà atto al Capo dello Stato[6], anche da parte del Procuratore generale della Corte dei conti, per essersi adoperato "per scampare il pericolo di un "colpo di spugna su numerose

---

[1] A CAROSI, *Il "controllo preventivo" rischia di bloccare i processi contabili*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 agosto 2009, pag. 16.

[2] *Italia Oggi*, 1 agosto 2009, pag. 23.

[3] V. LORI, *Corte dei conti: il Governo vuole bloccare le inchieste*, in *L'Unità*, 28 luglio 2009; B. DI GIOVANNI, *Il tentativo di normalizzare l'attività della Corte dei conti*, in *L'Unità*, 29 luglio 2009, pag. 6; S. LEPRI, Il Governo attacca la Corte dei conti, *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2009, pag. 5.

[4] L. MILELLA, *Corte dei conti, appello al Quirinale. Le nuove norme sono incostituzionali*, in *La Repubblica*, 28 luglio 2009, pag. 8, sezione Economia.

[5] G.U. n. 179 del 4 Agosto 2009

[6] M. BREDA, *La spinta del Colle: i dubbi e la richiesta di quattro correzioni*, in *Corriere della Sera*, 29 luglio 2009, pag. 1; *DL anticrisi, Napolitano preme e il governo cambia passo*, in www.Ilsole24ore.com, 30 luglio 2009; L- MILELLA, *L'altolà del Colle: "Li firmo insieme" e sulla Corte l'ultimo braccio di ferro*, in *La Repubblica*, 30 luglio 2009, pag. 3; S. SFRECOLA, *Nella vicenda del decreto anticrisi Napolitano sottolinea il ruolo di garanzia del Capo dello Stato*, in www.unsognoitaliano.it, 30 luglio 2009.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

inchieste in corso e di una forte limitazione della giurisdizione contabile". Anche se alcuni "aspetti meno felici" di quel decreto restano in piedi, "come ad esempio il fatto che il danno all'immagine causato da reati contro la Pubblica Amministrazione (corruzione, concussione, peculato e abuso di ufficio) sarà d'ora innanzi perseguibile solo a fronte di una condanna definitiva in sede penale"[1].

Il testo del decreto-legge "correttivo" reca norme esclusivamente in tema di giurisdizione di responsabilità amministrativa.

c) all'articolo 17:

1) i primi tre periodi del comma 30-ter sono sostituiti dai seguenti: «Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale.»;

2) al comma 30-quater, lettera a), dopo le parole: «controllo preventivo di legittimità» sono aggiunte le seguenti: «, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo»[2].

---

[1] ANSA, 4 agosto 2009.

[2] Il testo coordinato del decreto 78 con le norme correttive risulta dunque il seguente:

30-bis. Dopo il comma 1 dell'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, è inserito il seguente:

"1-bis. Per i controlli previsti dalle lettere f-bis) e f-ter) del comma 1 è competente in ogni caso la sezione centrale del controllo di legittimità".

30-ter. «Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale.»;

Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta.

30-quater. All'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.";

b) al comma 1-bis, dopo le parole: "dall'amministrazione" sono inserite le seguenti: "di appartenenza, o da altra amministrazione,".

30-quinquies. All'articolo 10-bis, comma 10, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito,

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

6. – Correttivo ma non troppo. Resta la pratica soppressione del danno all'immagine nei termini di cui si è detto, nonostante la "ipocrita" aggiunta della sospensione del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità. I collaboratori del Ministro Tremonti, il *patron* del maxiemendamento e della sua "correzione" sanno bene che la giurisprudenza prevalente della Corte dei conti fa decorrere il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità dalla condanna definitiva nel processo che si conclude con una sentenza irrevocabile per un delitto contro la pubblica amministrazione, per cui la sospensione del termine non porta nulla di nuovo.

Quanto alla nozione di danno erariale "per prevenire possibili equivoche interpretazioni della nuova normativa – si legge nella relazione -, si ribadisce il principio della specificità della notizia di danno, ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale, senza intervenire sulla relativa definizione".

Altra ipocrisia. Non solo perché la *notitia damni* ha sempre avuto necessariamente i caratteri della concretezza e della specificità ma perché l'immaginato "l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale" non sarebbe stato neppur esso una novità, come attesta la giurisprudenza in tema di decorrenza della prescrizione la quale afferma che il *dies a quo* va individuato nella effettiva diminuzione patrimoniale dell'erario.

Resta l'influenza dell'ammissione al visto del provvedimento sull'azione di responsabilità. Ma invece di escludere "in ogni caso" la gravità della colpa "quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità", più pudicamente quell'effetto è limitato "ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo".

Resta, ancora, l'azione di nullità esperibile "in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta".

7. - La posizione dell'Associazione Magistrati della Corte dei conti. La Giunta esecutiva dell'Associazione magistrati interviene per una breve disamina delle nuove disposizioni di legge appena pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 4 agosto 2009, "anche al fine di non minimizzare i risultati conseguiti dall'azione associativa". "Malgrado gli angusti margini di manovra dettati

---

con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, dopo le parole: "procedura civile," sono inserite le seguenti: "non può disporre la compensazione delle spese del giudizio e"».

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dall'incalzare dei tempi di approvazione del decreto legge n. 78/2009, ulteriormente aggravati dal periodo di sospensione feriale dei lavori parlamentari – prosegue il documento -, l'Associazione ha saputo arginare la valanga di emendamenti presentati da tutte le forze parlamentari, sollecitarne altri e limitare, al tempo stesso, la portata del blindatissimo maxi emendamento governativo".

"Un primo risultato si era già ottenuto, dopo una ferma e documentata presa di posizione da parte della Giunta) con la espunzione, a vario titolo, di numerose norme quali quelle concernenti l'obbligatorietà dell'azione disciplinare se attivata dal presidente e quelle specifiche sulle procure regionali ma non su altri uffici o sezioni (permanenza dei cinque anni, obbligo della segnalazione disciplinare da parte del procuratore regionale, ecc….)".

Il documento richiama la presa di posizione unitaria da parte del *Comitato di coordinamento tra le magistrature* e la *Conferenza stampa* del 30 luglio 2009 e, prima di affrontare il tema delle modifiche apportate dal decreto correttivo, sottolinea che la legge di conversione, la n. 102/2009, elimina, al comma 30-ter dell'art. 17, gli incisi:

"Le procure regionali della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine subíto dall'amministrazione nei soli casi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'articolo 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia stato cagionato per dolo o colpa grave".

Contestualmente, il decreto correttivo:

- <u>riformula</u>, in parte, dette disposizioni, stabilendo che "*Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'art. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale";*
- elimina l'inciso *"Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'articolo 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile";*
- <u>specifica</u> che *"Le procure della Corte dei conti possono iniziare*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione per danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge";

- fa salva la previsione già contenuta nel decreto legge n. 78/2009 secondo cui *"Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta";*
- precisa che va esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità *"limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo".*

"Preme ricordare – prosegue il documento dell'Associazione - come il pericolo più grande scampato è il riferimento all'art. 2043 del cod. civ. al fine della configurazione della responsabilità amministrativa**.** Mentre, infatti, tutte le questioni saranno affrontate dalla nostra stessa giurisprudenza, il riferimento all'art. 2043 ci avrebbe costantemente rimesso nelle braccia della Corte di Cassazione, con il rischio di una continua restrizione dell'ambito della nostra giurisdizione di responsabilità".

Sul punto non c'è convergenza di opinioni, il riferimento all'art. 2043 avrebbe fatto della Corte dei conti il giudice del danno allo Stato, indipendentemente dal rapporto di servizio. Ad esempio, visto che scriviamo mentre gli incendi divampano in varie regioni d'Italia, avrebbe consentito di perseguire gli incendari per il danno provocato allo Stato ed agli enti pubblici.

Del parei desta perplessità l'aver respinto il riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico, di derivazione europea, che avrebbe consentito una significativa estensione della giurisdizione nei confronti delle "amministrazioni aggiudicatrici".

Va, invece, senza dubbio condivisa la posizione assunta dall'Associazione a proposito della:

- "composizione nominativa delle Sezioni Riunite anche in sede di controllo da parte del Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 11, comma 7, della legge n. 15 del 2009 (legge Brunetta), ritenendo che tale previsione contrasta con il principio di autonomia e di indipendenza di cui all'art. 100, comma 2, della Costituzione";
- "previsione di pronunce di carattere generale (o di orientamento) che se può trovare una propria ragione giustificatrice in presenza di orientamenti

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

contrastanti tra le diverse Sezioni regionali di controllo, non si giustifica certamente in mancanza di contrasto, per il fatto che tale previsione espropria, di fatto, le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti delle proprie competenze legislativamente determinate su base territoriale, attraendole a livello centrale proprio nei casi, peraltro del tutto indeterminati, ritenuti di maggior rilievo o delicatezza, pur in assenza di ogni contrasto od incertezza interpretativa, in controtendenza con i principi del federalismo e con l'art. 114 della Costituzione".

Torneremo sull'argomento quando sarà approvato definitivamente il decreto "correttivo" ed avremo le prime pronunce dei giudici sull'azione di nullità.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Lineamenti di una *«responsabilità organizzativa»* nelle pubbliche amministrazioni*

di Sergio Auriemma**

1. Alle prese con la polisemia delle definizioni teoriche - L'espressione «*responsabilità organizzativa»*, pur adoperata dalla scienza dell'amministrazione e nel linguaggio dottrinario, non trova puntuale corrispondenza in alcuna statuizione esplicita di diritto positivo e può, perciò, assumere significati variabili per il giurista.

Già il vocabolo *«responsabilità»*, per suo etimo, si presta ad accezione bivalente, potendo indicare sia il potere o compito di fare qualcosa, sia il dovere di rendere conto di ciò che si fa.

Appare evidente la duplicità di accezione quando l'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, al comma 1, statuisce che le pubbliche amministrazioni assumono *"determinazioni organizzative"* volte ad assicurare l'attuazione dei princìpi generali dell'azione amministrativa e la sua "rispondenza al pubblico interesse", mentre, nel successivo comma 2, ipotizza verifiche periodiche che accertano le determinazioni assunte anche per l'eventuale "adozione delle misure previste nei confronti dei responsabili della gestione".

Il vocabolo *«responsabilità»*, peraltro, indica la situazione di assoggettamento ad una determinata misura o sanzione a seguito dell' inosservanza di un obbligo.

L'obbligo trascurato può essere generico (eseguire con diligenza le attribuzioni di ufficio, tenere condotta corretta nel servizio, applicare una regola generale di azione, rispettare il principio del non arrecare danno a nessuno o "neminem laedere", ecc.) o specifico (effettuare un dato adempimento, applicare determinate regole procedurali).

All'obbligo originario non correttamente osservato può sostituirsi, per esplicita previsione di legge (principio di legalità), un obbligo di responsabilità o risarcitorio (scontare una pena, una sanzione disciplinare, risarcire il danno, ecc.).

La configurazione della responsabilità giuridica esigerà, pertanto, l'individuazione di compiti e regole dell'attività, delle conseguenze applicabili in caso di loro violazione, dell'autorità competente a valutare l'insorgenza dell'obbligo sostitutivo ed applicare la sanzione.

---

* Il lavoro ripercorre i contenuti di una lezione tenuta dall'autore il 4 luglio 2008 nel Master di II livello su Organizzazione e funzionamento della Pubblica Amministrazione presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". È in coso di pubblicazione anche sulla Rivista della Corte dei conti.

** Vice Procuratore Generale della Corte dei conti – Procura Generale

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

A sua volta il giudicante – giudice civile, penale, contabile o disciplinare - procederà a valutare, secondo un meccanismo funzionante in maniera pressocchè uniforme:

- se l'evento accaduto si ricolleghi a comportamento umano tenuto in violazione di obbligo generico o specifico
- il soggetto obbligato, cui la legge o il regolamento o l'ordine di servizio affidava il compito
- il profilo soggettivo o psicologico del comportamento umano (dolo, negligenza, imperizia, imprudenza)
- la sanzione (più o meno intensa) da comminare.

In prima approssimazione, pertanto, nel presente lavoro la locuzione *«responsabilità organizzativa»* verrà intesa come addebito ascrivibile a soggetti:

- che appartengano ad una pubblica amministrazione oppure ad un ente collettivo il quale trattenga relazione funzionale di servizio con una pubblica amministrazione,
- che abbiano personalmente recato lesione a beni giuridici protetti o nocumento patrimonialmente valutabile e ne debbano rispondere a vario titolo.
- il cui comportamento manifesti un disvalore in tutto o in parte riconducibile ad anomalie di natura organizzativa.

L'addebito di responsabilità, come si avrà modo di dettagliare in prosieguo, in primo luogo può diversificarsi in funzione della natura giuridica dell'Ente preso a riferimento, che può essere una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

Ulteriore differenziazione può derivare dalla tipologia del precetto in concreto trasgredito - penale, civile, amministrativo, disciplinare o autoregolamentare - dandosi così corso a distinte risposte ordinamentali difensive, protezionistiche o di contrasto, le quali intervengono in ambiti valutativi separati e sono, di volta in volta, fornite da un diverso giudice (penale, civile, amministrativo, contabile, disciplinare).

Infine, le lacunosità o difettosità strutturali presenti nell'Ente e messe in evidenza dal comportamento trasgressivo possono occupare un diverso posto nella seriazione deterministica che produce l'evento lesivo.

Il *deficit organizzativo* può essere all'origine del comportamento illecito (quando il soggetto agente abbia egli stesso omesso o trascurato l'esercizio di doverosi poteri di organizzazione a lui intestati), oppure può configurarsi come una conseguenza indiretta dell'operato *contra ius* o non *de iure* (quando l'evento rechi un vulnus al regolare funzionamento dell'organizzazione) o, infine, può atteggiarsi a concausa efficiente che, operando unitamente alla condotta trasgressiva in base ad un accertabile nesso di condizionamento, abbia

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

concorso nel provocare la lesione del bene giuridico protetto o il nocumento suscettibile di valutazione economica.

Naturalmente ciascuna delle tipologie di responsabilità in astratto configurabili (penale, amministrativa da reato, civile societaria, patrimoniale-contabile, dirigenziale e disciplinare) è connotata da peculiarità disciplinatrici a monte, di diritto sostanziale o processuale, che per stringatezza espositiva si devono tutte dare come presupposte ed assodate.

L'ambito della riflessione, quindi, per coerenza con il tema in trattazione, sarà delimitato dal fattore *"organizzativo"* e dal rilievo che questo assume nel paradigma delle diverse forme di responsabilità comparativamente esaminabili.

2. I criteri di imputazione e di propagazione della colpevolezza - I meccanismi di ascrizione ad un soggetto delle conseguenze lesive derivanti da suoi comportamenti illeciti, visti nel loro nucleo essenziale e irriducibile e prescindendo dal sistema normativo (penale, civile, amministrativo o contabile) in cui rispettivamente operano, postulano un legame tra colpa e responsabilità.

Detto legame, se nel diritto penale, dove è più persistente, si è radicato nel principio espresso dall'art. 27 Cost., nel diritto civile ha trovato consacrazione nel principio *nessuna responsabilità senza colpa*, dapprima proclamato nel Code Napoleon e poi trasfuso nel codice civile italiano del 1865. Con l'evolversi dei tempi, delle società e del diritto, si è assistito ad un progressivo allentamento del legame stretto e puro fra colpa e responsabilità, nel senso che in vari settori dell'attività umana il soggetto cui risale un danno è stato chiamato a risponderne in base ad altri criteri di imputazione.[1]

La *culpa in vigilando* è uno degli esempi possibili: il rimprovero ordinamentale, in questo caso, è comminato anche se il fatto dannoso è materialmente causato da persona diversa da colui che è chiamato a risponderne e il criterio di propagazione soggettiva dell'obbligo risarcitorio risiede nel non avere adeguatamente vigilato sull'operato del danneggiatore materiale.

Altro esempio è dato dal criterio del *rischio* e dalle ipotesi di responsabilità per *rischio oggettivamente evitabile*: si pensi alla materia infortunistica sul lavoro.

Non dissimile evoluzione è rinvenibile nel sistema penalistico, nel quale, fermo restando il principio di personalità ed il criterio-base della riconducibilità del rimprovero, anche sul piano del determinismo causale, direttamente alla

[1] A. LA TORRE, *I criteri di imputazione della responsabilità civile*, in *Cinquant'anni col Diritto (Saggi)*, Giuffrè, Milano, 2008, Vol. I. Diritto Civile, 301 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sfera di dominio e di influenza della volontà soggettiva (art. 40 c.p.), nondimeno funzionano altri collaterali criteri di imputazione e di propagazione soggettiva della responsabilità.

Si pensi, per fare un unico esempio, al tema delle cosiddette "posizioni di garanzia"[1].

Elaborato con riferimento al reato omissivo improprio (che nasce dalla combinazione dell'art. 40, comma 2, c.p. e dalla cd. "clausola di equivalenza" con le diverse norme di parte speciale che contemplano le singole fattispecie criminose convertibili), il tema riguarda soggetti operanti in "organizzazioni" - specialmente quelli rivestenti qualifiche apicali - i quali possono essere intestatari di obbligo o insiemi di obblighi in ordine allo svolgimento di attività o adempimenti destinati ad assicurare il perseguimento di determinati interessi o finalità.

Il garante è custode delle *finalità* (deve fare in modo e controllare che esse siano perseguite, deve adoperarsi per evitare che esse siano esposte a rischio di lesione), il suo principale dovere è essenzialmente *organizzativo* o *strutturale* (deve apprestare condizioni organizzative perché ciascun operatore, esercitando le proprie attribuzioni, persegua i fini ed i risultati voluti dalla legge), le posizioni di garanzia sono spesso *a rete*, nel senso che all'interno dell'organizzazione e alla stregua della normativa di riferimento è possibile individuare garanti a livello diverso, secondo i ruoli funzionali da ciascuno svolti.

Nel tessuto *a rete* è compreso anche il caso della *delega di funzioni*, che comporta la costituzione di una nuova posizione di garanzia in capo al delegato (quando conferita nel rispetto di alcuni requisiti, spesso anche formali). In virtù della delega, il delegato assume il compito di garantire l'attività o l'adempimento, con effetto liberatorio per il delegante e salvo residuo potere di controllo da parte di quest'ultimo.

La dottrina penalistica prevalente, all'interno della generale categoria dell'obbligo di garanzia, ritaglia le due ipotesi dell' *obbligo di protezione* (di determinati beni giuridici rispetto a tutte le possibili fonti di pericolo che possano minacciarne l'integrità) e dell' *obbligo di controllo* (di determinate fonti di pericolo, al fine di evitare che esse offendano beni giuridicamente tutelati).

Nella selezione degli obblighi di garanzia, la cui violazione consente l'affermazione di responsabilità penale, risulta ormai pacificamente accolta la cd. "teoria mista", secondo la quale su un soggetto grava un *obbligo di garanzia* solo ove questo derivi da una fonte formale -ad esempio, la legge o un

[1] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* - parte generale, Zanichelli, IV Ed. 2005, 559 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

contratto- e vi sia la effettiva presa in carico del bene.

Se si passa ad esaminare il versante della responsabilità contabile, si può cogliere la circostanza che, a seguito delle novelle riformatrici del 1994 e del 1996, anche in questo diverso Sistema si è assistito, per così dire, ad un "allentamento" dell'originario e rigoroso legame tra *colpa* e *responsabilità*.

L'art. 3, comma 1, lettera a) del d.l. n. 543/1996, conv. dalla legge n. 639/1996, ha infatti limitato la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai fatti ed omissioni commessi con dolo o colpa grave.

L'elevazione della soglia di colpevolezza è stata ritenuta conforme a Costituzione (Corte cost. sent. n. 371 del 1998) in quanto *"nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto… la disposizione risponde.. alla finalità di 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".*

Una teoria attenta alla ricostruzione storico-sistematica riscontra come l'innovativa disposizione rappresenti la prova che non sono andate smarrite più antiche e felici intuizioni risalenti al Cavour, che nel Parlamento Subalpino e nel lontano 1852, a proposito dei verificatori e dell'illusoria pretesa di mettere a loro carico, in relazione al corrispettivo ricevuto, gli ingenti danni finanziari causabili da loro negligenze), parlò della necessità di un "castigo in denaro"[1].

L'antica affermazione, in termini moderni e attualizzati, è sfociata nella realizzazione di un'equilibrata *ripartizione del rischio* tra amministrazione ed agente e nella soluzione disciplinatrice approntata nel 1996.

Aggiungasi, sotto diversa angolatura concettuale, che la ripartizione del rischio – di cui erano già parzialmente espressive le disposizioni dettate dagli articoli 83, primo comma, e 82, secondo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 - lascia intuire come la colpevolezza nella responsabilità patrimoniale su cui giudica la Corte dei conti, ancor più dopo la novellazione, sia rimasta priva di una connotazione puramente psicologica e si configuri, piuttosto, come *"grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta"*[2].

---

[1] P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, relazione tenuta al Convegno "La Corte dei conti – una magistratura al servizio dei cittadini", Osimo (AN), 29-30 maggio 2008.

[2] Sul punto si veda Corte cost. sent. n. 183 del 2007 in tema di cd. "condono erariale". Sullo stesso tema

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Dal concetto di *colpa normativa* deriva, peraltro, il fatto che la valutazione di gravità mai dovrebbe risolversi nell'asserzione che si è al cospetto di una negligenza "inescusabile" o "macroscopica" (aggettivazioni sintomo di mere tautologie), né in un ambiguo riferirsi all'importanza degli interessi pregiudicati o lesi (talvolta la colpa è definita *grave* sol perché gli interessi pubblici presidiati dal giudice contabile sono di *notevole rilievo* collettivo), ma deve saper ponderare il grado di scostamento tra la condotta *attesa* e la condotta concretamente *tenuta*.

Notazioni similari sul funzionamento di un criterio peculiare di ascrivibilità del rimprovero possono essere svolte a proposito della responsabilità amministrativa da reato, come disciplinata dal decreto legislativo n. 231/2001 in attuazione della delega recata dalla legge n. 300/2000 di ratifica di Convenzioni internazionali ed europea.

Anche in questo caso, una parte della dottrina [1], oltre che la stessa relazione illustrativa di accompagnamento al provvedimento normativo, hanno parlato di un criterio di imputazione denominabile *"colpa da organizzazione"*.

Nonostante il reato presupposto (uno di quelli presi in considerazione dalla disciplina normativa), perpetrato *a vantaggio* o *nell'interesse* dell'ente) sia commesso e imputabile ad una persona fisica, la responsabilità si può propagare e risalire all'Ente collettivo di appartenenza, quando lo stesso non abbia attivato e fatto efficacemente funzionare *standard organizzativi* idonei a prevenire la commissione di illeciti, con la comminatoria di sanzioni pecuniarie o interdittive, sino a quella capitale della interdizione definitiva dell'attività.

Ancora una volta, il principio della colpevolezza appare aver dismesso le sue connotazioni puramente psicologiche, per assumere il significato di una colpa in senso normativo, cioè di un rimprovero che l'ordinamento formula tenendo conto delle *circostanze concrete del caso* nelle quali ha potuto agire il reo.

Serbando sullo sfondo delle riflessioni il fattore organizzativo, sarà possibile analizzare, per ciascuna delle forme di responsabilità oggetto di trattazione, in qual maniera la violazione di un *obbligo di organizzazione* può diven-

---

sono poi intervenute: Corte cost. sent. n. 184 del 2007, ord. n. 392 del 2007, ord. n. 123 del 2008 e, da ultimo, sent. n. 242 del 2 luglio 2008.

[1] A. MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Rivista Trimestrale dir. pen. dell'economia*, 2002, 509 ss; Paliero C.E. - in AA. VV., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in Il nuovo diritto penale delle società, 2002, 50 ss; G DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti : la " la parte generale " e la " parte speciale " del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 81 ss; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 84 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tare (e se diventa) criterio per la ricerca e l'attribuzione della responsabilità.

3. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per *"illecito dipendente da reato"* - Negli enti collettivi, imprese o aziende, di frequente aventi struttura complessa, gli accadimenti delittuosi che possono riconnettersi a deficienze organizzative interne comportano talune difficoltà nell'individuazione delle responsabilità.

Le attività sociali fanno capo ad un soggetto *metaindividuale*, né il preposto o responsabile legale, formalmente intestatario di molti degli obblighi gravanti sull'ente, è in grado di adempiervi personalmente.

Istituti giuridici come la posizione di garanzia e la delega di funzioni[1], dei quali si è già fatto cenno, facilitano l'individuazione dei criteri di imputazione soggettiva.

Un istituto normativo che, invece, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano ha configurato una responsabilità direttamente imputabile all'Ente (*societas*), in relazione a reati commessi dalle persone fisiche in esso operanti, è quello introdotto attraverso il decreto legislativo n. 231/2001, concernente la cd. "responsabilità amministrativa per illecito dipendente da reato".

La bibliografia disponibile sull'argomento è vasta e numerosi sono i contributi scientifici recati al riguardo[2]

Di contro, nella concreta pratica giudiziaria sino ad oggi maturata preva-

---

[1] La legislazione, che quasi sempre segue e non precede le intuizioni della giurisprudenza, ha statuito i principi elaborati in tema di delega di funzione attraverso il recente varo dell'art. 16 del d. lgs. 9.4.2008 n. 81 sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

[2] Per una esauriente ricostruzione del tema si possono citare: A. ASTROLOGO, *Brevi note sui requisiti dell'interesse e del vantaggio nel d. lgs. 231/2001,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/ 2006. – F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro,* relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio CSM, Roma, 2008 – T.E. EPIDENDIO, *L'applicazione del decreto legislativo n.231/2001: esame casi pratici., relazione ad incontro di studio CSM*, Roma, 2007 – G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale-Parte Generale*-Quarta Ediz., Zanichelli, 2004, 143 ss. – A. Giarda, *Azione civile di risarcimento e responsabilità punitiva degli enti*, in Il Corriere del Merito, n. 5/2005, 579 ss. – A. GIARDA, E.M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Ipsoa, 2007 – P. IELO, *Compliance Programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli Enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001*, in La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2006, 99 ss. – P. IELO, *Responsabilità delle persone giuridiche: il bilancio di un'esperienza*, relazione tenuta all'incontro di Studio CSM, Catania, 2008 – L. MARINI, *L'analisi penalistica delle organizzazioni complesse*, relazione tenuta all'incontro di studio CSM, Roma, 2007 – C.E. PALIERO, I*l d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest,* in Corriere Giuridico, n. 7/2001, 845 ss. – C.E. PALIERO, *I criteri di imputazione ed i modelli di organizzazione nelle società,* sintesi della relazione del convegno svoltosi il 10 ottobre 2003 a Milano sul tema "Il processo alle società" – D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, relazione tenuta all' incontro di studio CSM, Roma, 2007 – F. VIGNOLI, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza,* in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2/2006, 103 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

lentemente in relazione a vicende cautelari o a questioni di tipo processuale, è stata registrata qualche lentezza nell'adeguamento dell'impostazione delle indagini e degli impianti accusatori alla realtà della nuova forma di responsabilità e nell'attuazione processuale delle previsioni di legge. Ciò può ritenersi dovuto alle aree di criticità afferenti taluni aspetti non sempre chiaramente regolati dalla norma, ma anche all'inevitabile difficoltà, per inquirenti e giudicanti, nell'affrontare schemi logico-giuridici del tutto nuovi in un settore del diritto - quello penale - tradizionalmente incentrato e aduso ad indagare sulla persona fisica e sulla sua condotta[1].

Naturalmente interessa qui richiamare soltanto gli aspetti salienti della tematica, allo scopo di sollecitare l'attenzione sui punti che possono assumere rilievo per l'analisi differenziale da svolgere rispetto ad altre forme di responsabilità organizzativa.

Il decreto n. 231/2001 ha dato attuazione alla legge n. 300/2000[2].

Esso prende in considerazione, come è dato leggere nella relazione di accompagnamento, un *"ente collettivo inteso quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni e attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente*".

L'Ente può essere ritenuto responsabile per reati commessi, nel suo *interesse* o a suo *vantaggio*[3] da soggetto che abbia funzione di rappresentanza,

---

[1] P. DI GERONIMO, commento a *Cassazione Penale*, 2004, n. 113, 254-256,

[2] La legge 29 settembre 2000, n. 300 reca la *"Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea: a) Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; b) nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e c) della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 settembre 1997", cui si aggiunge la "Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica".* Il secondo protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 3, secondo Protocollo Addizionale, 19 giugno 1997), a sua volta, aveva previsto l'obbligo, per ciascun Stato membro, di introdurre la responsabilità delle persone giuridiche per i delitti di frode, corruzione attiva e riciclaggio di danaro, consumati o tentati da determinati soggetti a beneficio delle persone giuridiche stesse; inoltre, l'obbligo di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche era espressamente contemplato dall'art. 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali . L'Italia, pur non avendolo ratificato, ha emanato, con la legge delega 300/2000 e con il successivo d.lgs. 231/2001, una disciplina che ne ricalca i contenuti, utilizzando, tra l'altro, la discrezionalità concessa nel secondo Protocollo Addizionale ai singoli Stati per l'adozione di sanzioni interdittive.

[3] La giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'espressione normativa, con cui si individua il presupposto della responsabilità dell'ente nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

amministrazione e direzione, da persona che eserciti anche di fatto la gestione e il controllo e da dipendenti in posizione subordinata sottoposti a direzione e vigilanza.

La sfera di applicazione soggettiva della regolazione normativa riguarda gli enti forniti di personalità giuridica, le società fornite di personalità giuridica e le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica (art. 1, comma 2).

Restano fuori dall'ambito applicativo, pertanto, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Questa esclusione soggettiva (la stessa legge-delega n. 300/2000 ha statuito l'esclusione dello Stato e degli altri enti che esercitano pubblici poteri) si spiega non tanto per una presunta irragionevolezza di sanzioni pecuniarie comminabili a Soggetto pubblico o per una teorica conflittualità con la riserva di legge in materia organizzativa posta dall'art. 97 Cost., quanto piuttosto per la circostanza, desumibile anche dal catalogo dei reati presi in considerazione, che l'intervento legislativo regolatore aveva *"di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura squisitamente economica e assistite da fini di profitto"* (così si legge nella relazione illustrativa).

L'esclusione inoltre, per dirla con i civilisti, marca una prima e ben precisa apposizione di termini tra due territori astrattamente confinanti tra di loro: quello della responsabilità penale e quello della responsabilità contabile.

In altre parole, potranno se del caso insorgere indagini comuni e giudizi di responsabilità in parallelo soltanto quando i reati ed il danno erariale interessino una *società privata partecipata da ente pubblico*, in quanto tale assoggettata sia alla giurisdizione penale, sia a quella contabile.

Viceversa, nel caso delle pubbliche amministrazioni *tout court*, eventuali deficienze organizzative non potranno mai dar corso ad ipotesi di responsabilità ai sensi del decreto n. 231/2001.

Un secondo tratto caratteristico - il quale segna anch'esso una delimitazione delle aree di possibile contiguità tra responsabilità penale e responsabilità contabile – riguarda le tipologie dei cosiddetti *reati presupposto*, cioè di quelle fattispecie incriminatrici la cui commissione può comportare una *colpa in organizzazione* risalente all'Ente collettivo.

---

un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato "ex ante", sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale (Cass. Sez. II, sent. n. 3615 del 20.12.2005).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il legislatore, nel larghissimo bacino delle condotte penalmente rilevanti previste dall'ordinamento, ha enucleato una gamma di fattispecie per le quali soltanto ha ritenuto opportuno ascrivere una responsabilità "personale" all'Ente collettivo, ulteriore ed autonoma rispetto a quella personale dell'imputato.

Il catalogo dei reati, dunque, è nominativo e tassativo (nel rispetto del principio di legalità ribadito dall'art. 2 del decreto 231), anche se il *numerus clausus* è mutevole e suscettibile di ulteriori integrazioni legislative.

Infatti, se la scelta compiuta inizialmente è stata riduttivistica (delle quattro categorie di reati indicate nella legge n. 300/2000 il Governo ha preso in considerazione soltanto quelle enunciate agli artt. 24 e 25 (indebita percezione di erogazioni pubbliche, truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico, concussione e corruzione), nella relazione di accompagnamento al decreto n. 231 si è fatto cenno alla prevedibile estensione ad altre categorie di reati.

La stratificazione normativa successiva è puntualmente avvenuta e l'applicazione del decreto 231 è stata estesa ai reati di falso (legge n. 409 del 23.11.2001), a reati societari (d. lgs. 61/2002), ai delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento democratico, ai delitti contro la personalità individuale, ai reati di *market abuse*, al riciclaggio.

La più recente estensione risulta disposta dalla legge n. 127 del 3 agosto 2007 (attuata con il d. lgs. n. 81 del 9 aprile 2008), che ha sancito la responsabilità degli enti per i delitti *"di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, c.p. commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro".*

Val la pena notare che l'ultima estensione temporalmente sopraggiunta, anche se prevista sin dalla delega del 2000 e rinviata per consentire un'attuazione graduale dei contenuti innovativi della nuova disciplina sanzionatoria ed il radicamento della cultura aziendale della legalità, forse è la più significativa dal punto di vista sistematico, perché l'allargamento a reati "colposi" apre un nuovo capitolo bisognoso di approfondimento ed alimenta non poche difficoltà di tipo dogmatico.

Se il decreto 231 esige, in generale, che il reato cd. *presupposto* sia stato commesso *nell'interesse* o *a vantaggio* dell'Ente, certamente non è facile concepire (e provare in causa) la presenza di siffatta componente teleologica (interesse o vantaggio) per illeciti che, proprio perché colposi, non consentono sul piano della volontà colpevole la *finalizzazione del reato* alla realizzazione di un interesse o di un vantaggio.

La dottrina penalistica ha evidenziato che il superamento dell'*impasse* si

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

potrebbe avere attraverso un'ulteriore modifica normativa, che sopprima il requisito dell'interesse o del vantaggio in relazione ai reati colposi e richieda solo che il reato venga commesso *nell'ambito dell'attività* propria dell'ente, oppure, in alternativa, riferisca il requisito dell'interesse o del vantaggio alla *condotta costitutiva* dell'illecito e non al *reato*[1].

Sono da segnalare fugacemente, infine, le attuali linee di tendenza normativa, che fanno intravedere un ulteriore ampliamento dei *reati presupposto*, sino a comprendere i reati ambientali, la turbativa d'asta, l'usura e l'estorsione, la frode fiscale, taluni reati contro l'inviolabilità del domicilio e dei segreti, i reati di abusivismo bancario e finanziario, il reato in tema di impiego di lavoratori stranieri privi di permesso.

Sempre sul piano sistematico si può, altresì, notare che la responsabilità amministrativa da reato:

- è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune, come è precisato anche dall'art. 27 del decreto 231, quando stabilisce che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde il solo ente con il proprio patrimonio anche nelle ipotesi di enti collettivi privi di autonomia patrimoniale perfetta;
- è diretta ed autonoma rispetto a quella della persona fisica, in quanto ai sensi dell'art. 8 del decreto 231 sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ed il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Dal punto di vista paradigmatico, l'illecito dell'Ente è strutturato su di una fattispecie complessa, costituita sul piano oggettivo da due elementi essenziali: la realizzazione di un reato, integrato nei suoi estremi oggettivi e soggettivi, da parte di un soggetto che abbia un rapporto qualificato con la persona giuridica e la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'Ente.

Ai due elementi oggettivi si aggiunge l'elemento soggettivo della *colpa di organizzazione,* diversamente configurato a seconda che il delitto presupposto sia stato commesso da soggetto in posizione apicale o da soggetto sottoposto all'altrui vigilanza e direzione.

---

[1] La proposta di modifica della commissione Greco, insediata presso il Ministero della giustizia, opta per la seconda soluzione. Nella proposta di relazione si osserva: *"L'introduzione fra i reati presupposto di reati colposi di evento, come quelli di omicidio e lesioni colpose in materia di tutela sul luogo di lavoro, ha implicato la modifica del criterio di imputazione oggettiva stabilito in via originaria dall'art. 5 d. lgs 231/01, criterio che, all'evidenza, era stato elaborato sullo sfondo esclusivo di reati dolosi. Il non discutibile rilievo che nei reati colposi l'evento è necessariamente "non voluto" importa la non coerenza della formula che vede l'interesse o il vantaggio dell'ente elementi qualificanti "la commissione del reato", pacifico essendo che i reati di omicidio e lesioni colpose si compiono con il verificarsi dell'evento costitutivo del reato stesso (appunto la morte o le lesioni)".*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La dottrina si è impegnata nella definizione teorica della natura giuridica della responsabilità qui in esame.

Secondo alcuni autori, il legislatore avrebbe formalmente definito amministrativa una responsabilità che, nella sostanza, assume volto penalistico o para-penalistico ed avrebbe, perciò, commesso una *"frode delle etichette"*[1]

Secondo altri autori, l'inquadramento dogmatico della responsabilità può essere considerato mera questione linguistica e non "di verità", anche perché è immaginabile un logoramento, nel tempo, dell'etichetta amministrativa e dei significati ideologici che essa vorrebbe trasmettere, così come storicamente è avvenuto per le misure di sicurezza ('amministrative", come recita il vigente codice penale, senza che più nessuno vi dia ascolto)[2].

Nella relazione governativa che ha illustrato il decreto 231 si afferma che trattasi di un *tertium genus* di responsabilità, nel quale sono coniugati i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, al fine di contemperare le opposte esigenze della massima efficacia dell'azione di accertamento con la massima efficacia delle regole di garanzia per l'indagato.

In sostanza, si è voluto deliberatamente privilegiare il procedimento penale come luogo di accertamento degli illeciti ascrivibili agli enti, dei quali si assevera la natura meramente amministrativa, in primo luogo perché l'illecito penale ne costituisce uno dei necessari presupposti e, contestualmente, per poter disporre di tutti i necessari *strumenti di accertamento* e di tutti i *poteri istruttori* propri delle indagini preliminari penali, che non trovano, invece, corrispondenza nella procedura ordinariamente prevista per il perseguimento degli illeciti amministrativi secondo lo schema della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Di converso, la tipologia e la gravità delle sanzioni previste in caso di accertamento della responsabilità degli enti, nonché lo stesso sistema delle cautele in pendenza del procedimento, hanno indotto alla scelta non occasionale del modello procedimentale penale rispetto a quello amministrativo, al fine di consentire l'adozione di un *sistema di garanzie* per l'ente, la cui posizione soggettiva è equiparata a quella dell'imputato, molto più efficace di quello della legge n. 689 del 1981.

La maggiore ampiezza e duttilità dello strumentario di indagine e la più intensa protezione offerta dalle garanzie difensive, quindi, sarebbero gli elementi che attestano la natura a tutti gli effetti *penale* della responsabilità in esame.

---

[1] E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in Dir. e giust., n. 23/2001, 8 ss.

[2] D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, relazione ad incontro di studio CSM, Roma, 2007

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Per ciò che qui interessa, resta incontrovertibile il fatto che si è al cospetto di una responsabilità accertata innanzi al *giudice penale*, secondo le norme del *codice di procedura penale* (ove non derogate o non incompatibili) in base a un complesso coordinamento con il processo per l'accertamento del reato da cui dipende l'illecito dell'ente, punita con *sanzioni* di vario tipo che colpiscono il patrimonio dell'ente (pecuniarie, confisca del profitto) o le attività da questo compiute (sanzioni interdittive, cui possono accompagnarsi sanzioni accessorie, quali la pubblicazione della sentenza di condanna, o sostitutive, quali il commissaria mento dell'ente).

Pertanto, laddove si dovessero porre questioni di rapporto tra il giudicato penale e il giudizio contabile (si badi bene: questioni che non sono mai di rapporto tra le due *giurisdizioni*), esse non potrebbero che essere risolte ai sensi degli articoli 651 e 652 c.p.p..

Punto di grande interesse, anche per la questione delle astratte contiguità tra responsabilità penale e responsabilità contabile, è quello dell'avvenuta adozione e del regolare funzionamento dei cosiddetti *modelli di organizzazione.*

Ipotizzati dal decreto n. 231 sulla falsariga del *compliance program* (in senso letterale l'anglicismo potrebbe essere tradotto: programma di conformità a regole) conosciuto nell'esperienza nordamericana (che però attribuisce solo un'efficacia attenuate all'adozione del modello), si tratta di protocolli di organizzazione, di gestione e di controllo interno che, attivati e funzionanti nell'Ente collettivo, permettono di prevenire o almeno di minimizzare e contrastare il rischio della reiterazione di commissione di illeciti dello stesso tipo di quelli giunti al vaglio inquirente e giudicante, sino a farlo rientrare nel cosiddetto *"rischio consentito"*, che possa esonerare da responsabilità.

Efficacia, effettività di funzionamento, specificità (rispetto al tipo di attività svolte dall'Ente) e costante attualizzazione del protocollo di organizzazione, i cui contenuti risultano tratteggiati negli articoli 6 e 7 del decreto n. 231, sono elementi indispensabili affinché lo stesso possa dirsi esistente e fungere da attenuazione o esclusione dell'imputazione di responsabilità (rispettivamente per le diverse ipotesi di cui agli articoli 6 e 7 del decreto).

Il contenuto minimo del *compliance program* è costituito dalla selezione delle attività maggiormente esposte a rischio-reato (art. 6, comma secondo, lett. a), dalla regolazione della formazione ed attuazione delle decisioni in tali aree (art. 6, comma secondo, lett. b), dalla individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati (art. 6, comma secondo, lett. c) e dalla trasmissione delle informazioni (art. 6, comma secondo, lett. d), dalla previsione di un organismo di vigilanza (art. 6, comma primo, lett. b) e di un sistema disciplinare (art. 6, comma secondo,

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

lett. e).

Al decreto 231 del 2001 ha fatto seguito in via attuativa il DM 26 giugno 2003, il cui articolo 5, rubricato " Comunicazione dei codici di comportamento" e tenendo conto della varietà di morfologia degli enti destinatari della normativa, ha disposto che *"In attuazione dell'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo n. 231 del 2001, le associazioni rappresentative degli enti, comunicano al Ministero della giustizia, presso la Direzione generale della giustizia penale, Ufficio I, i codici di comportamento contenenti indicazioni specifiche (e concrete) di settore per l'adozione e per l'attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione previsti dal medesimo articolo 6. L'invio dei codici di comportamento è accompagnato dallo statuto e dall'atto costitutivo dell'associazione; in difetto, ovvero quando dall'esame di tali atti risulti che il richiedente è privo di rappresentatività, l'Amministrazione arresta il procedimento di controllo alla fase preliminare, dandone comunicazione entro trenta giorni dalla data di ricezione dei codici".*

La dottrina si è lungamente soffermata sul capitolo dei modelli organizzativi, nella considerazione che trattasi di profilo particolarmente rilevante nella ricostruzione del paradigma della responsabilità penale ascrivibile all'Ente collettivo e della cosiddetta "colpa di organizzazione"[1].

Ne sono scaturite posizioni contrapposte: quella prevalente, identifica i modelli come "elemento accidentale ed impeditivo dell'illecito"[2] ;in una concezione minoritaria, i modelli sono considerati come "causa di esclusione della sanzionabilità"[3].

Nella presente sede, che tende precipuamente a svolgere un'analisi concernente la possibile e *astratta coesistenza* di una responsabilità amministrativa da reato (accertabile innanzi al giudice penale) e di una responsabilità amministrativo-patrimoniale (accertabile innanzi al giudice contabile), dando per implicito e scontato l'interesse culturale e di studio per le summenzionate te-

---

[1] Sul punto si vedano, in particolare, gli scritti di: A. MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in Rivista Trimestrale dir. pen. dell'economia, 2002, 509 ss.; C.E. PALIERO, - in AA. VV., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione,* in Il nuovo diritto penale delle società, 2002, 50 ss. ; De Simone G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti : la " la parte generale " e la " parte speciale " del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 81 ss.; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità,* in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 84 ss.

[2] A. BASSI – T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, 2006.

[3] G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione,* in Riv. it. dir. proc. pen., n. 1/2004, 103 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

matiche affrontate in ambito penalistico, preme molto di più soffermare l'attenzione:

- sull'obbligatorietà o meno dell'adozione del modello-programma organizzativo;
- sul rilievo che l'attivazione, l'esistenza e il regolare funzionamento di detto modello può assumere qualora un ente collettivo si veda contemporaneamente assoggettato ad inchiesta penale e ad inchiesta contabile.

Al riguardo può essere utile ricordare succintamente che:

- l'esonero della responsabilità penale dell'ente (cd. efficacia liberatoria) passa attraverso il giudizio di idoneità del sistema interno di organizzazione e controlli dell'ente stesso, che l'inquirente ed il giudice penale sono chiamati a verificare;
- l'esistenza del *compliance program* è anche un criterio di attenuazione delle conseguenze giuridiche ed economiche conseguenti alla responsabilità dell'ente. Nel caso di irrogazione di sanzioni pecuniarie, l'adozione e l'efficacia applicativa, post factum, del modello, determina una riduzione delle medesime in una misura complessiva tra un terzo e la metà, e nel caso di risarcimento del danno la riduzione è compresa tra la metà e i due terzi;
- il sostrato valutativo della validità del modello non è *ex post* (perché l'avvenuta consumazione del reato, con tutta evidenza, dimostra che il modello non ne ha idoneamente contrastato la commissione), ma si snoda secondo la tecnica della *prognosi postuma o ex ante*, facendo riferimento al momento in cui è venuto in essere il fatto e dovendosi tener conto delle *circostanze concrete di tempo e di luogo* in cui il reato presupposto è stato commesso;
- è pur vero che il decreto 231 prevede che l'adozione delle misure organizzative costituisca per l'ente collettivo solo un onere e non già un obbligo (non essendo comminabile alcuna sanzione in proposito), ma la mancata adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo certamente espone l'ente (e per esso i suoi vertici) alla responsabilità amministrativa da reato, non consentendo di beneficiare delle esimenti e dei benefici premiali.

Ecco, dunque, dischiudersi una vasta area di possibili indagini istruttorie e accertative ad iniziativa anche del Pubblico Ministero contabile, quando si arrivi al cospetto di casi di *presumibile e concorrente responsabilità erariale* riguardanti le attività di soggetti collettivi (es. società private partecipate che siano in relazione funzionale di servizio con una pubblica amministrazione e, per questo, siano assoggettate allo scrutinio del giudice contabile) tenuti, ai sensi del d. lgs. n. 231/2001, all'adozione dei *compliance program*.

L'assenza o l'oggettiva inefficienza e inefficacia del modello organizzativo adottato dall'Ente può essere all'origine di disfunzioni della struttura, di ina-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

deguatezze organizzative, di cattiva gestione del personale, di cattivo esercizio delle potestà disciplinari, di insufficienza o addirittura di totale inesistenza dei controlli interni.

Tutti questi profili assumono le caratteristiche di fattori che non contrastano e impediscono – se non addirittura facilitano e incentivano - la tenuta e la realizzazione di condotte illecite e dannose.

Essi, purché adeguatamente e compiutamente accertati dal Pubblico Ministero contabile in fase istruttoria, possono agevolare l'identificazione e la corretta imputazione, semmai causalmente concorrente, delle responsabilità patrimoniali soggettive addebitabili.

Ovviamente, le difficoltà accertative (ma anche di approccio culturale) che si presentano al Pubblico Ministero contabile sono le stesse in cui si imbatte il PM penale: c'è da augurarsi, perciò, che in sede contabile non accada qualcosa di analogo a quanto avvenuto in sede penale, dove la storia giudiziaria concernente la verifica sull'adozione e sull'efficacia dei *compliance program* è quasi *"inesistente, mentre la cronaca è scarna"*[1].

4. La responsabilità dirigenziale o per *"risultato"* - L'art. 19 del d.P.R. n. 748/1972 aveva configurato per i dirigenti dello Stato una responsabilità cosiddetta *dirigenziale* o *di risultato*, distinguendola dalle altre quattro tipologie di responsabilità (penale, civile, amministrativa e disciplinare) tradizionalmente riguardanti i comportamenti devianti, attivi od omissivi, tenuti da dipendenti pubblici in genere.

Ricollegata all'esercizio della funzione dirigenziale - rispetto cui rilevano talune garanzie di rango costituzionale (buon andamento, legalità, imparzialità), ma anche la volontà espressa nelle leggi e nelle direttive di indirizzo assunte dal vertice politico-amministrativo preposto a ciascuna branca della Pubblica Amministrazione, che ne assume la conduzione [2] - detta forma di re-

[1] P. IELO, *Compliance Programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli Enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001*, cit.,99.

[2] Vale la pena rammentare l'articolo 95 Cost. - cui solitamente si presta attenzione per la sola parte riferita al Governo visto nella sua collegialità - che al comma 2 reca il testuale precetto *"I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri".* Il singolo Ministro, nella dimensione collegiale assunta dal potere Esecutivo, si attiene ad indirizzi maturati in seno al Consiglio dei Ministri e, con l'intero governo e di fronte al Parlamento ed al Paese, risponde "politicamente" della gestione esecutiva impressa all'amministrazione degli apparati. Il Ministro nel contempo, dal punto di vista organizzativo, è "capo" preposto ad un Dicastero, cioè ad un settore o plesso della pubblica amministrazione, centrale e periferica. In simmetria con la responsabilità di fronte ai cittadini, valevole per tutti i funzionari investiti di pubbliche funzioni, il Ministro risponde perciò degli atti amministrativi da lui compiuti, fatta salva, qualora sia anche membro del Parlamento, la questione – oggi per altri versi tornata di attualità – della cosiddetta immunità parlamentare. Il Ministro, pertanto, resta assoggettato alle leggi civili, penali ed amministrative per la "trattazione degli affari amministrativi" compiuta nella veste di "preposto" al

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sponsabilità ha successivamente ricevuto un'impronta più marcatamente segnata dal principio di separazione tra poteri di indirizzo e poteri di gestione, risentendo di un *rapporto fiduciario* intercorrente tra dirigente e vertice, monocratico o collegiale, che definisce gli indirizzi organizzativi e gestionali ed assegna gli obiettivi da perseguire.

La responsabilità in questione sembra atteggiarsi in modo non dissimile da quella che, in area aziendale privatistica, va comunemente sotto il nome di *responsabilità manageriale*.

Restano, tuttavia, intatte le diversità tra dirigenza pubblica e dirigenza privata, messe in luce dalla giurisprudenza lavoristica.

Le rispettive discipline normative non sono tra di loro sovrapponibili, sol che si guardi ai tre momenti essenziali del rapporto di lavoro: la fase dell'assunzione, la fase della gestione del rapporto ed, infine, la fase del recesso[1].

Riguardo alla prima fase (assunzione), l'accesso alla qualifica dirigenziale nel settore pubblico avviene, come è noto, tramite concorso per esami, dal superamento del quale sorge il diritto al trattamento economico stabilito dal relativo contratto collettivo.

Nella seconda fase (gestione del rapporto) invece, tenendosi conto delle attitudini e capacità professionali, avviene l'attribuzione dell'incarico di funzione dirigenziale a norma dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 cit..

L'assegnazione di una specifica mansione gestionale, a differenza di quanto accade per i dirigenti privati, non è necessaria per il mantenimento da parte dell'interessato del suo status di pubblico dipendente con qualifica dirigenziale. Infatti, il dirigente pubblico può svolgere funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o ad altri incarichi previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali.

In ordine, infine, alla terza fase (recesso), è da osservare che il mancato raggiungimento degli obiettivi da parte del dirigente pubblico cui sia stato attribuito un incarico (il cui status, come già detto, non è legato alle mansioni) non comporta la possibilità di risoluzione *ad nutum* del rapporto, ma tre sbocchi alternativi, graduati a seconda della gravità del caso: l'impossibilità

---

settore. Naturalmente al Costituente del 1948 non sfuggiva la particolare dimensione di tale responsabilità, considerata sia la natura degli atti del Ministro (essenzialmente di indirizzo politico), sia la circostanza che all'interno del Dicastero il Ministro non adotta tutti indistintamente gli atti amministrativi, perché operano e collaborano con lui numerosi "funzionari". Ecco allora, quale norma di chiusura del sistema, l'articolo 97, che affida alle leggi ordinarie il compito di individuare e determinare le *"sfere di competenza e di responsabilità dei funzionari",* in tal maniera rendendole distinguibili da quelle intestate al Ministro.

[1] Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 2233 del 2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

di rinnovo dell'incarico, la revoca dello stesso, il recesso dal rapporto di lavoro.

La disciplina del recesso dal rapporto di lavoro pubblicistico, pertanto, non è quella dell'art. 2118 c.c. propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni riferibili al rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego. Le conseguenze di un recesso illegittimo, rinvenibili anche dalle disposizioni contrattuali, sono quindi di carattere essenzialmente reintegratorio.

Se dai diversificati dettagli regolatori si passa ai principi di teoria generale, si può dire che quella dirigenziale è una forma di responsabilità di non pacifico inquadramento sistematico.

Ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, nel testo risultante dalle modifiche recate dalla legge n. 145/2002, la responsabilità indubbiamente si sostanzia nell'adozione di misure di tipo latamente sanzionatorio, adottabili a seguito di valutazione del mancato raggiungimento degli obiettivi o della inosservanza delle direttive ricevute.

Il dirigente non può ottenere il rinnovo dello stesso incarico ed, in relazione alla gravità, l'amministrazione può revocargli l'incarico oppure risolvere (con o senza preavviso) il rapporto di lavoro[1].

L'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 286/1999, cui espressamente rinvia l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 anzidetto, prevede peraltro un'apposita *procedura valutativa* e precisa che essa costituisce presupposto per l'applicazione delle misure previste dalla legge, applicabili quando i risultati negativi o il mancato raggiungimento degli obiettivi emergano dalle ordinarie ed annuali procedure di valutazione. Il procedimento può essere concluso anche prima della scadenza dell'anno, quando sussista rischio grave di un risultato negativo, nei casi di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa.

I punti di contatto con il sistema e le procedure *disciplinari* più in generali operanti nel pubblico impiego appaiono essere numerosi.

È pur vero che un elemento letterale incluso nel testo vigente dell'art. 21

[1] In proposito va rammentato che la Corte costituzionale, con sentenza 9-16 maggio 2002, n. 193 (dunque prima dell'entrata in vigore della legge n. 145/2002), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, comma 9, ultimo periodo del d.lgs. 03.02.1993 n. 29, nel testo sostituito dall'art. 6 del d.lgs. n. 470/1993. La norma, eccedendo i limiti posti dall'art. 2 della legge-delega 23.10.1992 n. 421, aveva illegittimamente previsto nei confronti dei dirigenti una misura (collocamento a riposo per ragioni di servizio, in caso di responsabilità dirigenziale particolarmente grave e reiterata) diversa da quelle espressamente consentite dalla legge-delega (rimozione dalle funzioni e collocamento a disposizione). La Corte, naturalmente, non si è pronunziata sulle successive modifiche della disposizione che, in attuazione della nuova delega conferita al Governo dall'art. 11, comma 4, della legge n. 59/1997, hanno poi condotto quest'ultimo a redigere un testo confluito nell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

del d. lgs. n. 165/2001, come modificato dalla legge n. 145/2002 – l'inciso che recita *"ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo"* - fa oramai propendere per una separazione più precisa e, quindi, anche per una possibile coesistenza tra le due forme di responsabilità.

Altrettanto vero è che si è abbastanza distanti dall'impianto punitivo tipico delle misure disciplinari, dando invece la legge rilievo all'esigenza che, a fronte di malfunzionamenti provocati dal carente esercizio della funzione assegnata, il dirigente possa essere rimosso perché dimostratosi inidoneo alla funzione e non in grado di raggiungere il risultato prefissato, indipendentemente dalla specifica commissione di un fatto-evento sanzionabile.

In ogni caso, sul tema della natura della responsabilità dirigenziale e del suo rapporto con quella disciplinare, in dottrina risultano tuttora prospettate e si confrontano almeno tre tesi:

- si è affermato che la responsabilità dirigenziale è cosa nettamente diversa e distinta dalla responsabilità disciplinare;
- si è al contrario sostenuto che la responsabilità dirigenziale è una sottospecie della responsabilità disciplinare;
- si è osservato, infine, che i due tipi di responsabilità possono in parte coincidere, in parte essere divergenti.

La giurisprudenza civilistica (Cass. Sez. Lav.- sent. n. 3929 del 20.2.2007) è orientata nell'accordare preferenza a tale ultima tesi, in base alle seguenti considerazioni.

La *responsabilità dirigenziale* può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza del lavoratore) per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi (ad esempio per difficoltà oggettive o economiche, per scarsa collaborazione del personale) talché può configurarsi piuttosto come una sorta di responsabilità oggettiva: in tal caso resta del tutto distinta dalla *responsabilità disciplinare* o *per mancanze*, che presuppone sempre, quanto meno, la negligenza colpevole del lavoratore. Ma quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze.

Di approccio più lineare e semplificato - almeno stando alle rare applicazioni di principio sinora registrate in seno alla giurisprudenza contabile[1] - è il tema concernente la distinzione tra responsabilità dirigenziale e responsabilità

[1] Corte dei conti Sez. III centrale, n. 137 dell' 1.4.2003, Sez. III centrale, n. 175 del 16.4.2003; Sez. Piemonte, n. 1192 del 13.4.2000.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

amministrativo-patrimoniale in generale.

Il punto nodale della questione risiede nella necessità di stabilire se il mancato raggiungimento di obiettivi e risultati affidati alle cure del dirigente, oppure un esito negativo nel conseguimento degli stessi possa comportare, accanto alla reazione interna all'apparato amministrativo (revoca dell'incarico o recesso), una risposta ordinamentale di tipo esterno, andando ad integrare, di per sé, un'ipotesi di *danno erariale risarcibile*.

Orbene una prima considerazione spinge a riflettere sulla circostanza che l'assimilazione o sovrapposizione tra responsabilità *per mancato risultato* e responsabilità *per danno erariale* comporterebbe, in ragione dell'inevitabile dimensione biunivoca di siffatta soluzione, che un pieno raggiungimento degli obiettivi scelti ed assegnati tramite direttive di vertice integrerebbe sempre e comunque, per il dirigente, una causa di esclusione o di esonero da qualsiasi ipotesi di responsabilità amministrativa sindacabile dalla Corte dei conti.

Nel contempo e di contro, eventuali scelte difettose per sovradimensionamento o sottodimensionamento degli obiettivi assegnati alla dirigenza burocratica – frequenti nella pratica e spesso ispirate da motivazioni di natura politica - potrebbero produrre indebiti riflessi, in negativo o in positivo, sulla valutazione e sul rimprovero giudiziale-risarcitorio da riservare al comportamento del dirigente che sia chiamato a rispondere di un causato danno erariale.

Infine, l'assimilazione tra le due forme di responsabilità costituirebbe la prova inequivoca di una totale (ma oggettivamente inesistente, per come dispone la legge) "giurisdizionalizzazione" del controllo di gestione, nel senso che ogni emergere da esso di risultati negativi o di mancato conseguimento di obiettivi gestionali diverrebbe l'automatico presupposto per l'esercizio di un'azione di responsabilità.

Le surriferite, concomitanti considerazioni hanno indotto la giurisprudenza contabile ad affermare che le due forme di responsabilità sono da inquadrare ed operano su piani del tutto diversi:

- quella <u>dirigenziale</u> deriva dall'avvenuto scostamento rispetto a regole e parametri tecnici non oggettivizzati normativamente, ma empiricamente individuati e assegnati al dirigente, nonché valutabili sulla base di verifiche soggettive realizzate da servizi (controllo interno e controllo strategico) a ciò preposti;
- quella <u>amministrativo-patrimoniale</u> deriva dalla violazione di specifiche disposizioni normative, dalle quali discenda un effetto lesivo per la pubblica amministrazione in termini di patrimonialità o quanto meno di economica valutabilità.

Di talché nel processo contabile non si discute di un'"obbligazione di risul-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tato" (essendo detto profilo dell'attività dirigenziale autonomamente valutato dalla dirigenza generale in sede di conferma o revoca delle relativa posizione), né assume rilievo una qualsiasi difettosità di tipo *organizzativo* che pur faccia scadere i risultati complessivi prodotti dalla struttura cui il dirigente è preposto.

Piuttosto, il rimprovero addebitabile all'agente attiene all'omesso svolgimento di attività doverose, connotato da inesistenza di un livello minimo di diligenza richiesto in una situazione concreta che, se direttamente collegabile ad un danno erariale, dà luogo ad una specifica e autonoma posizione di responsabilità amministrativa, che si aggiunge e non sostituisce a quella dirigenziale di cui al d.lgs. 165/2001.

Posizione analoga assume la dottrina che, aderendo alla summenzionata interpretazione giudiziale, riscontra i principali tratti differenziali tra le due forme di responsabilità sia nell'elemento soggettivo (dolo o colpa grave), richiesto nell'una e non nell'altra, sia nella sostanziale indifferenza del conseguimento positivo o meno del "risultato" amministrativo, al cospetto di un nocumento erariale che sia stato concretamente causato dalla condotta del funzionario-dirigente[1].

5. La responsabilità amministrativo-patrimoniale per *"danno da disservizio"* - I disfunzionamenti segnalanti l'esistenza di anomalie incidenti sul piano dell'organizzazione amministrativa hanno dato luogo all'elaborazione di una figura di responsabilità patrimoniale che è stata denominata *"danno da disservizio"*.

Ad evitare possibili fraintendimenti nella esatta ricostruzione di questa particolare tipologia di danno e di responsabilità va immediatamente notato che:

- si tratta di una figura delineata in base a costruzione concettuale di origine esclusivamente pretoria;
- nella maggior parte dei casi il giudice contabile ha preso in esame prospettazioni attoree riguardanti lesioni patrimoniali scaturenti da fatti illeciti penalmente rilevanti, spesso configurate in aggiunta a poste risarcitorie per cd. "danno all'immagine";
- la locuzione "disservizio", che a tutta prima farebbe immaginare una sorta di acclarata colpevolezza *di tipo organizzativo* imputata al responsabile, in realtà è stata dalla giurisprudenza riferita unicamente alle *conseguenze* derivate dalla condotta dell'agente, piuttosto che agli assetti organizzativi in cui

[1] Santoro P., Sistema di responsabilità e Pubblica Amministrazione, Maggioli, 2004, pag. 717

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

è maturata la condotta lesiva. In altre parole, il nocumento è stato ritenuto concretizzatosi in uno *spreco di risorse* causato dal comportamento delittuoso del dipendente oppure da prestazioni lavorative devianti, per quantità o qualità, rispetto ai fini istituzionali perseguiti dell'amministrazione di appartenenza;

- nella totalità dei casi esaminati, ogniqualvolta si è pervenuti a condanna, la quantificazione del nocumento è avvenuta alla stregua di un giudizio di liquidazione di tipo equitativo (ex art. 1226 c.c.), avendo il giudice ritenuto sempre impossibile o comunque difficoltoso il raggiungimento di prova certa sul *quantum.*

Il panorama giurisprudenziale riferito al danno da disservizio non rende praticabile in questa sede una descrizione minuziosa del paradigma di responsabilità ipotizzato al riguardo, se non per direttrici di massima[1].

La costruzione della figura, in generale, muove essenzialmente dal principio che il disservizio indica un servizio esistente solo formalmente, quale servizio apparente e "desostanziato delle sue caratteristiche essenziali di pubblica utilità" ovvero "privo dei necessari requisiti essenziali e, quindi, scadente".

Il fenomeno è stato ragguagliato agli schemi giusprivatistici dell' *aliud pro alio,* escludendosi la possibilità di riferire all'Amministrazione l'esercizio "egoistico di pubbliche funzioni", con conseguente rottura del rapporto sinallagmatico per ciò che attiene alla retribuzione corrisposta al dipendente infedele, allorquando la potestà esercitata si sia piegata "a fini diversi e, come nel caso della corruzione propria, contrari a quelle ai quali la potestà stessa è funzionalizzata".

Un siffatto, anomalo esercizio di funzione amministrativa si è ritenuto finisca per perseguire non più gli interessi generali dell'Amministrazione, ma quelli privati, particolari e propri del soggetto che ha agito, così che l'attività realizzata dal medesimo può dirsi di quest'ultimo e non della Amministrazione, che tuttavia ne ha sopportato i costi, sia con riferimento allo stipendio pagato al dipendente infedele, sia con riferimento ai mezzi ed ai beni utilizzati nella resa del servizio pubblico, sia infine avuto riguardo alla retribuzione di chi, incolpevole delle reali finalità perseguite e degli effettivi interessi soddi-

[1] In tema di danno da disservizio si vedano, tra le altre: Corte dei conti, Sez. I centrale, sent. n. 331 del 14 novembre 2000, sent. n. 2 del 4 gennaio 2006, sent. 126 del 26 maggio 2006, sent. n. 149 del 27 giugno 2006, sent. n. 263 del 23 giugno 2008; Sez. II centrale n. 125 del 10 aprile 2000; n. 134 del 13 aprile 2000; n. 338 del 7 novembre 2002; Sez. Umbria, sent. n. 152 dell'11 marzo 1996, sent. n. 1 del 4 dicembre 1997, sent. n. 252 del 29 gennaio 1998, sent. n. 501 del 14 maggio 1998, sent. n. 831 del 9 aprile 1998, sent. n. 582 del 19 ottobre 1999, sent. n. 27 dell'11 gennaio 2000, sent. n. 424 del 31 luglio 2000, sent. n. 371 del 27 luglio 2004; Sez. Umbria sent. n. 511 del 29 novembre 2001; Sez. Molise, sent. n. 29 del 31 marzo 2000; Sez. Veneto sent. n. 238 del 6 maggio 2002, Sez. Fiuli Venezia Giulia, sent. n. 113 del 7 marzo 2006.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sfatti, abbia collaborato con l'agente infedele, con dispendio di energie e risorse.

Le fattispecie prese a riferimento in sede giurisprudenziale hanno riguardato casi di "disservizio da illecito esercizio di pubbliche funzioni", o di "disservizio da mancata resa del servizio" o di "disservizio da mancata resa della prestazione dovuta".

È stato affermato che nelle organizzazioni pubbliche, caratterizzate da investimenti e costi di gestione giustificati dalle attese di utilità dei previsti corrispondenti benefici, il mancato raggiungimento delle utilità rapportabili alla quantità di risorse investite si traduce "in maggiori costi dovuti a spreco di risorse economiche o nella mancata utilità ritraibile dalle somme spese, a ragione della disorganizzazione del servizio".

In definitiva, il tratto comune e unificante delle varie situazioni di lesione patrimoniale da disservizio è stato individuato nell'effetto dannoso causato alla regolarità di organizzazione e di svolgimento dell'attività amministrativa di una Pubblica Amministrazione - cui il dipendente e l'amministratore era tenuto in ragione del proprio rapporto di servizio, di ufficio o di lavoro - con una minore produttività dei fattori economici e produttivi impiegati e profusi dal Bilancio della medesima Amministrazione.

Il decremento o scadimento della produttività è stato ravvisato sia nel mancato conseguimento della attesa legalità dell'azione e dell'attività pubblica, sia nella inefficacia o inefficienza di tale azione ed attività.

Il danno da disservizio è stato ravvisato, quindi, nel mancato conseguimento della legalità, della efficienza, della efficacia, della economicità e della produttività dell'azione e della attività della Pubblica Amministrazione, causato dall'amministratore o dal dipendente pubblico - a ragione della disorganizzazione del servizio - con una condotta commissiva o omissiva connotata da dolo o da colpa grave.

Al cospetto della surriferita costruzione giurisprudenziale va osservato, sempre in linea di massima e inevitabilmente prescindendo dalle singole fattispecie sottoposte a vaglio giudiziale, che:

- il disservizio preso in considerazione ha sempre avuto le caratteristiche di un "effetto" causato dalla condotta dell'agente responsabile, più che quelle di un'accertata difettosità, operante a monte, del modello strutturale-organizzativo dentro il quale ha trovato esplicazione la condotta lesiva, anche in termini di normale e regolare funzionamento di meccanismi e cautele "di controllo" o "di contrasto" approntate o approntabili nella struttura organizzata.

Nei casi riconducibili a fattispecie aventi un contestuale ed acclarato rilievo penalistico, lo squilibrio sinallagmatico tra retribuzioni e prestazioni lavo-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

rative (in parte non corrisposte ovvero corrisposte nel perseguimento di fini contrari ai doveri di ufficio) è risultato più che evidente e provato. In altri termini, in ragione della corposità dell'attività illecita posta in essere dall'agente infedele, la mancata realizzazione dei risultati che, in ragione delle risorse umane e strumentali impiegate, l'Amministrazione si attendeva ragionevolmente di conseguire dall'attività del responsabile, ha più che palesemente integrato un conseguente spreco di risorse finanziarie pubbliche.

Qualche perplessità potrebbero, invece, destare quei casi in cui, ferma restando semmai l'esistenza di un nocumento patrimoniale direttamente provocato dalla condotta del responsabile, ad esso è stata aggiunta una posta di danno ulteriore, individuato in un generico effetto di "disorganizzazione" non sempre adeguatamente sorretto da elementi di prova certa addotti in causa.

Si è già avuto modo di segnalare, peraltro, che l'elaborazione giurisprudenziale della figura non è sinora pervenuta ad identificare parametri oggettivi per procedere a minuziosa valutazione del "disservizio". È assente, cioè, la costruzione di criteri capaci di misurare, attraverso appositi e calibrati indicatori, l'avvenuto peggioramento degli *standard* prestazionali di servizio amministrativo reso agli utenti.

Tutte le sentenze dedicate al tema, più indistintamente, hanno affermato trattarsi di un pregiudizio economico di difficile valutazione monetaria, che non si presta per sua natura ad una semplice operazione matematica, perché il danno da disservizio é "diffuso", in quanto inerisce non solo alla non giustificata retribuzione, indennità o analoghi emolumenti percepiti dal colpevole del danno stesso, ma a tutti i tipi di spese generali di gestione dello specifico Servizio nel momento storico dato.

Aggiungasi che più recenti pronunce, pur dichiarando di volersi discostare dal modello paradigmatico del danno da disservizio, nel fare riferimento a prestazioni lavorative esplicate nell'ambito di un servizio pubblico essenziale (in fattispecie: servizio istruzione e prestazioni lavorative di insegnante ripetutamente assentatosi per motivi di salute) e, dunque, inserite in un particolare modello organizzativo dell'amministrazione pubblica (modello, tra l'altro, ben misurabile, almeno secondo il criterio dei cd. *servizi minimi essenziali)*, parimenti hanno ipotizzato la configurazione di un'autonoma voce di responsabilità patrimoniale a carico del dipendente e l'hanno qualificata come genericamente derivante da una "minore qualità del servizio prestato"[1].

Anche in questo caso, pertanto, non risulta evidenziato alcun criterio oggettivo di misurazione dell'asserito scadimento qualitativo ed il computo della

[1] Corte dei conti, Sez. Lombardia, sent. n. 209 del 21 marzo 2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

posta di danno è avvenuto unicamente per via equitativa e in maniera forfetaria.

Nella totalità delle decisioni, inoltre, non risulta enunciato e approfondito, allo scopo di valutare correttamente l'imputazione soggettiva degli eventuali *disservizi*, il tema della distinzione tra *atti di macro-organizzazione* ed *atti di micro-organizzazione*, tema invece ben scandagliato, sia pure ad altri fini, in altre sedi giudiziali.

Va tenuto presente, in proposito, che nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e sulla base della molteplicità di fonti normative regolatrici (talune di derivazione pattizia, almeno per il personale dipendente cd. privatizzato) è possibile distinguere tra atti che procedono alla fissazione delle linee e dei principi fondamentali delle organizzazioni degli uffici (aventi natura provvedimentale ed incidenti sul profilo esterno del servizio pubblico) ed atti assunti con i poteri e le capacità del datore di lavoro privato, anche se con effetti riflessi sul piano della *organizzazione*[1].

Quanto alle posizioni dottrinarie manifestatesi a proposito del danno da disservizio, vi è da dire che appaiono essere variegate e non coincidenti.

Taluni, pur ritenendo "impeccabile" l'elaborazione pretoria dell'ipotesi in discorso, ammettono un'oggettiva difficoltà di inquadramento sistematico della figura di responsabilità, nonché il rischio incombente di fare confusione o commistione con le poste di perdita patrimoniale *in primis* causalmente e direttamente provocate dalla condotta attiva od omissiva dell'agente responsabile[2].

Altri, all'opposto, preferiscono procedere lungo i binari di una lettura quasi sindacal-sociologica, affermando che il *caos organizzativo* riversato sui cittadini-utenti del servizio troverebbe esclusiva scaturigine nella "distorta visione delle funzioni dirigenziali", nella "assunzione di erronee azioni organizzative" e che l'unica matrice di siffatto danno sarebbe rinvenibile in capo a coloro (dirigenza) che hanno "in mano le leve organizzative", potendosi intravedere dietro gli illeciti causativi di danno da disservizio fenomeni di favoritismo clientelare, di interesse privato, di mera incapacità o inettitudine manageriale[3].

Altri ancora, infine, attraverso un'analisi più attenta e ponderata, paventano ingiustificate duplicazioni del risarcimento oppure automatismi applicativi. In entrambi i casi, ci si limiterebbe a prospettare disfunzioni ed influenze ne-

---

[1] Sul punto si veda Cass. SS. UU. ord. n. 15904 del 13 luglio 2006, nonché Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 3065 del 19 giugno 2008.

[2] Tomassini E., *Il danno da disservizio*, in Rivista della Corte dei conti, n. 3/2005, 334 ss.

[3] L. IEVA, *La responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2006, 334 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

gative più o meno rilevanti sui *risultati* ordinariamente assicurabili dalle strutture organizzative di una pubblica amministrazione, senza tuttavia procedere ad una rigorosa, doverosa e quantificata dimostrazione probatoria degli standard ordinari conseguiti nell'erogazione del servizio pubblico preso in esame e degli effetti negativi prospettati ed ascritti, invece, alla condotta dell'agente che viene assoggettato al giudizio di responsabilità.[1]

6. Riflessioni finali - La configurazione, in sede contabile e per via pretoria, di ipotesi di danno cosiddetto *"da disservizio"* ha fatto leva sul richiamo delle disposizioni contenute nelle leggi n. 142/1990, n. 241/1990, n. 20/1994, n. 59/1997, n. 127/1997 e nei decreti legislativi n. 77/1995 e n. 29/1993 e succ. modificazioni ed integrazioni, (queste ultime disposizioni sono confluite nel d. lgs. 165/2001), sottolineando taluni valori (efficienza, efficacia, economicità) affermati come propri della attività amministrativa e posti a fondamento del rapporto di lavoro, di ufficio o di servizio dei pubblici amministratori e dipendenti.

Le citate norme hanno introdotto una responsabilità cosiddetta "del risultato", che consente di considerare - ai fini della determinazione del danno risarcibile - non solo la perdita subita, ma anche il mancato guadagno.

Si tratta indubbiamente di un'elaborazione giurisprudenziale che mostra di voler essere attenta ai fenomeni sociali ed economici coinvolti nella organizzazione e nella realizzazione dell'azione dell'Amministrazione pubblica.

Occorre ammettere che la costruzione pretoria, come già osservato, si è caraterizzata per:

- un accostamento della responsabilità amministrativa patrimoniale per danno erariale alla responsabilità dirigenziale "per risultato", nonostante la consistente diversità dei reciproci presupposti normativi;
- una troppo flebile, se non inesistente, attenzione alla differenziazione tra profili concernenti la macro-organizzazione e profili riguardanti, invece, gli atti di micro-organizzazione;
- il pericolo di pervenire ad errate ricostruzione sul piano della causalità, specialmente di quella controfattuale (nei casi di comportamenti omissivi), quando cioè si dovrebbe indagare con rigorosa puntualità la distribuzione delle posizioni "di garanzia" all'interno di un'organizzazione complessa come solitamente è quella pubblica;
- il rischio della duplicazione di poste risarcitorie di un medesimo ed uni-

[1] A. CIARAMELLA, *Alcune attuali figure di danno risarcibile innanzi al giudice contabile*, in Rivista della Corte dei conti, n. 2/2004, 359 ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

co pregiudizio, dandosi luogo ad un fenomeno che potrebbe dirsi similare a quello verificatosi in sede civilistica a proposito del cd. "danno esistenziale".

Infine, non facile o approssimativa può essere la verifica da condurre sulla legittimità dell'attività amministrativa, non potendo essa prescindere da una valutazione puntuale ed oggettivizzata del rapporto tra obbiettivi conseguiti e i costi sostenuti, in una comparazione che non può lasciarsi affidata a liquidazioni di tipo equitativo, le quali non renderebbero convincente e motivata ragione dell'addebito di responsabilità.

A questo punto, se si pone mente a tutte le teoriche che, anche nel discutere di estensione della giurisdizione contabile, paiono propendere per una equiparazione tra "amministrazione pubblica" ed "impresa" circa l'osservanza dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità, considerati come *"regole di organizzazione"* trasversali e comuni ad entrambe, si può dire che il corretto funzionamento ed esercizio dei poteri organizzativi e gestionali spettanti al pubblico dirigente o al dirigente di impresa in mano pubblica, nonché il suo proficuo esplicarsi per tradurre il raggiungimento dei risultati nella salvaguardia di beni e risorse collettive e non invece, attraverso condotte illecite, in un eccesso di potere e in una dissipazione di beni e risorse, diventa un elemento irrinunciabile affinché il sindacato giudiziale sappia valutare la trasgressione delle regole di organizzazione e le difettosità organizzative[1].

In ordine a siffatti vizi di "organizzazione", nel cui alveo maturino condotte illecite, il vigente ordinamento giuridico, in astratto e al di là della responsabilità individuale del reo penalmente sanzionata, schiude una possibile area di contiguità e di concorrenza della *responsabilità amministrativa da reato* (ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001), della *responsabilità amministrativo-patrimoniale* (ai sensi della legge n. 2001) nonché della *responsabilità civile societaria* (azionabile ai sensi degli articoli 2392, 2393 e 2393-bis del codice civile).

Circa la concorrenza tra responsabilità penale, responsabilità amministrativa da reato e responsabilità amministrativa per danno erariale, occorre ricordare che l'articolo 7 della legge n. 97/2001 ha sancito che la sentenza irrevocabile di condanna penale, pronunciata nei confronti di un dipendente di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9

[1] In tema di trasversalità delle regole di organizzazione e di sindacato sui poteri organizzativi si veda: Novelli P.- Venturini L., La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società, Giuffrè, 2008, 236-237

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dicembre 1941, n. 1383) è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

In sede dottrinaria è stato affermato che siffatta disciplina normativa, in quanto impone un obbligo comunicazionale della sentenza di condanna, «*se non attribuisce direttamente, almeno presuppone necessariamente la giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. pubbliche, in quanto ricomprese nella più ampia formulazione legislativa di "enti a prevalente partecipazione pubblica"*» [1].

Non è questa la sede per entrare *ex professo* e nel vivo del delicatissimo e complesso tema delle regole di riparto della giurisdizione e della potestà cognitiva contabile sulle società di diritto privato.

Basti in proposito ricordare quanto messo in risalto dalla giurisprudenza contabile[2], che ha avuto occasione di ricordare:

- l'art.1, ultimo comma, della legge n. 20/1994 e succ. modif., che ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti sui danni cagionati da amministratori e dipendenti pubblici ad amministrazioni od enti diversi da quelli di appartenenza, con norma ritenuta estensibile anche agli enti pubblici economici;
- la focalizzazione del controllo della Corte dei conti sui parametri di efficienza, efficacia, economicità dell'attività dei soggetti pubblici, parametri assunti a dati necessariamente caratterizzanti l'attività in forza di principi costituzionali[3];
- il principio affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 466/1993) in ordine alla conservazione del controllo della Corte dei conti sulle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, fin quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello stato al capitale azionario;
- il radicamento della giurisdizione della Corte dei conti secondo i tradizionali criteri dell'esistenza di un *rapporto di servizio* intercorrente tra il soggetto autore del danno e l'ente pubblico danneggiato ovvero (per il danno arrecato ad ente diverso da quello di appartenenza) tra la società e l'ente pubblico socio di maggioranza (o concessore dal servizio pubblico inteso in senso oggettivo), rapporto che, in senso estensivo, si lascia cogliere ogni qualvolta si

[1] P. NOVELLI – L. VENTURINI, op cit., 46

[2] Corte dei conti, Sez. I centrale, sent. n. 356 del 3 novembre 2005.

[3] In proposito si vedano anche: Cass. SS.UU. n. 14488 del 2003 e n. 7024 del 2006, lì dove si osserva, in virtù della specifica previsione normativa introdotta nell'articolo 1 della legge n. 241/1990, che detti criteri, costituenti una specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97, primo comma, Cost., hanno acquistato "dignità normativa", assumendo rilevanza sul piano della legittimità (e non della mera opportunità) dell'azione amministrativa; nonché Cons. Stato, Sez. 6, n. 847/2002; Sez. 4, n. 6684/2002.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

instauri una relazione non necessariamente "organica", ma essenzialmente "funzionale", caratterizzata cioè dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo (Cass. SS.UU. n. 3899/2004).

In buona sostanza, la responsabilità su cui ha competenza a giudicare a la Corte dei conti indubbiamente astrae dal rapporto societario, in quanto il bene leso attiene alla *attività funzionale* dell'ente proprietario-partecipante, che in conseguenza del comportamento dell'amministratore della società partecipata non ha potuto raggiungere *i fini pubblici* intestati all'ente ed in relazione ai quali la società è stata costituita.

Viene, però, in rilievo e resta un indice indispensabile e non sopprimibile per il radicamento della giurisdizione contabile: l'aspetto *finalistico* dell'attività svolta dalla società in mano pubblica, che fonda e giustifica l'assoggettamento al sindacato giudiziale.

La sentenza Cass. SS.UU. n. 15458 del 2007, muovendosi nel solco similmente tracciato in numerosi altri arresti[1], ha rimarcato il fondamentale criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e contabile, imperniandosi oggi il discrimine su di un baricentro rispetto al quale sono certamente divenute recessive e indifferenti sia la *qualità o veste formale* (pubblica o privata) del soggetto danneggiatore, sia la *natura* (pubblicistica o privatistica) degli strumenti adoperati nelle condotte causatrici del danno erariale, ma continua ad assumere rilievo dirimente la circostanza che il nocumento sia stato causato nell'ambito di una *relazione giuridica latamente funzionale e finalisticamente intercorrente* con una pubblica amministrazione, basata su di un rapporto giuridico sottostante (indifferentemente concessorio o negoziale privatistico).

Non ci si può qui soffermare sull'esegesi dell'art. 7 della citata legge n. 97/2001 allo scopo di analizzare se la stessa abbia introdotto in ordinamento un elemento idoneo a fondare in maniera generalizzata la giurisdizione contabile su tutte le attività illecite (eventualmente anche imprenditoriali e non pubblicisticamente *finalizzate)* svolte da amministratori e dipendenti delle *s.p.a. partecipate* o, piuttosto, la norma abbia semplicemente configurato l'obbligo, per il PM contabile che riceva in comunicazione la sentenza di condanna, di accertare, alla stregua dei presupposti della giurisdizione innanzi alla quale il PM medesimo opera, se l'amministratore o dipendente della s.p.a., nel commettere il delitto imputatogli, abbia causato un danno patrimoniale (danno erariale) alla *pubblica amministrazione partecipante.*

[1] Corte di Cass. SS.UU. civili, n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004, n. 20132 del 2004, n. 9096 del 2005, n. 10973 del 2005, n. 4511 del 2006, n. 14101 del 2006, n. 22513 del 2006, n. 15458 del 2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Vale la pena, invece, notare che la previsione introdotta dalla citata legge n. 97/2001 indubbiamente disegna una possibile *area di concorrenza* di tre forme di responsabilità (penale, amministrativa da reato e amministrativa-contabile), concorrenza che si verifica soltanto quando ricorrano i seguenti presupposti fattuali:

- un presupposto soggettivo, consistente nella circostanza che la condotta illecita sia riferibile a *dipendente di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica*;
- un presupposto oggettivo, consistente nella circostanza che sia stato commesso uno degli specifici delitti (concussione ex art. 317 c.p., corruzione per atto d'ufficio ex art. 319 c.p., corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p., corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio con profitto di rilevante entità ex art. 319-bis c.p., corruzione di persona incaricata di pubblico servizio ex art. 320 c.p., istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p.) che sono presi in considerazione sia dalla legge n. 97/2001, sia dal decreto legislativo n. 231/2001.

Emerge con nettezza che l'area di concorrenza delle due forme di responsabilità è circoscritta, cioè riguarda le sole ipotesi delittuose specificamente menzionate.

Senza commettere l'errore di indistinte generalizzazioni, allora, è possibile affermare che sussistenza e concorrenza della potestà cognitiva del giudice penale (per il reato e per la responsabilità amministrativa da reato dell'ente collettivo) e della potestà cognitiva del giudice contabile (per il danno erariale) si avranno soltanto quando al dipendente della società privata partecipata venga imputata una di quelle tipologie delittuose che postulano lo svolgimento di una *funzione a rilievo pubblicistico,* capace di integrare sia il delitto (del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio) contro la P.A., sia il cd. danno erariale.

Non va sottaciuto il fatto che la concorrenza delle varie forme di responsabilità sin qui menzionate in linea teorica comporta, peraltro, l'intersezione e l'incrocio di ben cinque apparati normativi di contrasto:

1) norme penali
2) decreto 231/2001
3) legge 97/2001
4) norme fondative della responsabilità patrimoniale
5) norme di diritto societario (codice civile)

Ovviamente ciascun apparato normativo opera su di un piano diverso e con proprie peculiarità, di diritto sostanziale e di diritto processuale, talvolta funzionanti in maniera persino concettualmente opposta.

Si è già fatto diffuso cenno al meccanismo in base al quale l'attivazione e

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

il regolare funzionamento di *modelli di organizzazione* (*compliance program*) serva al giudice penale, nel giudicare sulla responsabilità amministrativa da reato, per ascrivere od escludere una responsabilità risalente a carico dell'ente collettivo.

All'opposto, nel caso della responsabilità contabile e per come comunemente operano le prospettazioni attoree ed il giudizio valutativo in sede contabile, l'assenza oppure l'errato e inadeguato funzionamento dei modelli organizzativi interni (segnatamente riferibili all'attivazione e funzionamento degli organi di controllo, nonché all'esercizio di poteri organizzativi che fungano da efficace contrasto alla commissione di fatti illeciti) non assumono i caratteri di elementi fattuali decisivi per la puntuale imputazione soggettiva della responsabilità nei confronti dei titolari dei poteri organizzativi medesimi (semmai a titolo di concorso causale nella produzione del danno), ma normalmente sono visti e vengono fatti operare come scriminanti o attenuanti della responsabilità individuale, o sotto il profilo soggettivo (cioè ai fini della verifica di non attingimento alla gravità di colpa), oppure sul piano della quantificazione del nocumento risarcibile addossabile all'agente responsabile (attraverso la cd. riduzione dell'addebito).

Emblematico, in tal senso, è quanto desumibile dalla già citata decisione Corte dei conti, Sez. III n. 25 del 2008 che, a fronte dell'avvenuta chiamata in giudizio di dirigente responsabile di una società privata, ritenendolo un soggetto *"non dotato di strumenti di cogente intervento sul modulo organizzativo, tipici della struttura delle pubbliche amministrazioni"* lo ha assolto dalla domanda per insussistenza di gravità di colpa.

In definitiva, la logica seguita nei pochi casi sinora giunti a sentenza definitiva e che, ai sensi del decreto n. 231/2001 e per essere riferiti a società di diritto privato, sarebbero dal giudice penale annoverabili tra fattispecie di vera e propria "colpa in organizzazione", per il momento non sembra essere quella dell'individuazione del "disordine organizzativo" quale componente costitutiva della responsabilità di vertice apicale, ma quella dell'apprezzamento del disordine medesimo come un fattore esterno alla condotta oggetto del vaglio giudiziale, capace di attenuare o addirittura escludere l'imputabilità soggettiva del nocumento.

Il tema probabilmente è destinato ad assumere, in futuro, rilievo di sempre più intenso interesse sistematico, tenuto conto che vanno moltiplicandosi le ipotesi in cui pervengono a scrutinio giudiziale, specie definitivo e di merito in grado di appello, comportamenti illeciti tenuti da soggetti – prevalentemente amministratori o dipendenti in pozione apicale - operanti in società di diritto

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

privato partecipate da pubblica amministrazione[1].

Ovviamente il tema delle società private partecipate coinvolge questioni più numerose, ampie, complesse e per qualche versante tuttora controverse, sia in ordine all'individuazione delle tipologie di società assoggettabili alla giurisdizione contabile, sia in ordine all'individuazione dei limiti cosiddetti "esterni" entro cui può validamente esercitarsi la potestà cognitiva giudiziale, sia infine alla possibile concorrenza (da taluni esclusa) tra azione sociale in sede civilistica ed azione ad iniziativa officiosa del PM contabile innanzi la Corte dei conti (secondo un regime di "doppio binario" che, inevitabilmente, spinge a dover fare i conti con problemi di rapporti reciproci, non sempre di agevole soluzione).

Per il primo aspetto (tipologie di società), serve inoltre rammentare l'innovativa disposizione recata dal decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 (cd. milleproroghe), conv. con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31.

L'art. 16-bis introdotto dalla legge di conversione e rubricato "Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche" ha sancito che *"Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".*

Sono già disponibili e numerosi gli approfondimenti dottrinari che hanno acutamente scandagliato il significato e la portata applicativa della disposizione di legge sopravvenuta, peraltro svolgendo notazioni sulla criticità della superficiale formulazione della norma (forse frettolosamente ispirata dal timore di giudizi di imminente attivazione, sulla scorta di un'altrettanto superficiale e non precisa rivisitazione del cd. *obbligo di denuncia*, disposta tramite una nota interpretativa del PG della Corte dei conti diramata in data 2 agosto 2007)[2].

---

[1] Le decisioni del giudice contabile sinora intervenute con riferimento a società di diritto privato partecipate da una pubblica amministrazione sono le seguenti: Corte dei conti, Sez. I centrale n. 201 del 15.6.2005, n. 356 del 3.11.2005; Sez. II centrale n. 96 del 26.3.2002; Sez. III centrale n. 284 del 4.6.2004, n. 25 del 23.1.2008; Sez. Lombardia n. 114 del 22.2.2006, n. 414 del 17.7.2007; Sez. Lazio n. 3008 del 30.12.2005; Sez. Umbria n. 354 dell.8.11.2006; Sez. Veneto n. 1375 del 31.10.2005.

[2] Tra i commenti dottrinari si annoverano: Sandulli A.M., *L'art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Per mantenersi strettamente aderenti allo specifico del tema qui in trattazione, pur facendo doverosa menzione della novità normativa, ci si deve astenere dall'entrare nel vivo del dibattito dottrinario accesosi sul tema dei confini della giurisdizione contabile sulle s.p.a., sia sotto il profilo soggettivo, sia con riguardo alle potestà cognitive in concreto esercitabili.

Quel che è certo è che l'esplicarsi di una cognizione giudiziale contabile più o meno estesa su accadimenti illeciti e dannosi che coinvolgano una società di diritto privato (è bene ripetere: per attività *funzionalmente astrette* al perseguimento di finalità pubblicistiche) continuerà a porre questioni che possono andare ad investire gli assetti organizzativi e l'esercizio di poteri organizzativi dell'ente collettivo (persona giuridica).

Con il che tornano in risalto le problematiche concernenti l'avvenuta adozione di modelli di organizzazione ed il rilievo giuridico che il funzionamento degli stessi assume per il configurarsi di una responsabilità organizzativa aziendale.

Notoriamente, nelle amministrazioni pubbliche in senso stretto, i modelli di organizzazione ricevono disciplina fondamentalmente per legge (secondo la riserva relativa di cui all'art. 97. Cost.), nonché una disciplina di dettaglio rimessa ad atti di organizzazione che, assunti secondo i rispettivi ordinamenti, se non strettamente attinenti ai rapporti di lavoro (nel qual caso si parla di atti paritetici) hanno le caratteristiche degli atti amministrativi, al pari degli atti amministrativi di indirizzo politico-amministrativo (cfr. art. 2, comma 1, decreto legislativo n. 165/2001).

Si tratta di uno schema basato sulla distinzione tra atti di macro-organizzazione ed atti di micro-organizzazione che, restringendo la riserva di legge di cui all'art. 97, accosta tra di loro, pur senza assimilarle, l'area organizzativa del "pubblico" e del "privato", come aveva lucidamente precisato la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 309 del 1997.

---

giurisdizione della Corte dei conti ? (ovvero: l'effetto perverso delle norme last minute), in Rivista online Federalismi.it, 22.2.2008; E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/207 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31*), in Rivista online Federalismi.it, 21.5.2008; P. NOVELLI – L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, 2008. In tema si vedano anche: E. PIGA, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in Rivista online Federalismi.it 18.4.2007; A. LAMORGESE, *Impresa pubblica profili giurisdizionali*, relazione al Convegno su Il regime giuridico dell'impresa pubblica, presso Università Roma Tre, 24.1.2008; A.M. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in Rivista online Federalismi.it 30.1.2008; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 2/2006.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il giudice delle leggi, con detta pronuncia e nel respingere per la seconda volta, dopo la sentenza 313 del 1996, il dubbio che la trasformazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti risultasse lesiva dell'art. 97 Cost. per asserita incompatibilità tra il pubblico impiego, in quanto vòlto al perseguimento di finalità d'interesse generale, ed il modulo strutturale del lavoro subordinato privato, improntato a logiche di mercato, aveva infatti legittimato quello che è stato autorevolmente definito il "passaggio dalla logica della legittimità a quella dell'efficienza"[1], osservando che il rapporto di pubblico impiego "privatizzato" sempre più si va configurando nella sua propria essenza di erogazione di energie lavorative, che, assunta tra le diverse componenti necessarie dell'organizzazione della pubblica amministrazione, deve essere funzionalizzata al raggiungimento delle finalità istituzionali di questa.

Dal canto suo, il giudice della nomofilachia, come già detto, ha precisato che in virtù della previsione normativa di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990 i criteri di efficienza ed efficacia, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97, primo comma, Cost., hanno acquistato "dignità normativa" ed hanno assunto la rilevanza di canoni organizzativi operanti sul piano della legittimità (non della mera opportunità) dell'azione amministrativa.

Ciò comporta l'esperibilità di un sindacato giudiziale che investa anche le scelte discrezionali, ogniqualvolta le stesse manifestino profili di irragionevolezza oppure, in casi limite, neppure esistano in quanto tali, perché nello specifico della fattispecie è inesistente una "discrezionalità in senso proprio" ed una facoltà di scelta elettiva fra più comportamenti, tutti di pari valore giuridico o tra più opzioni organizzatorie e procedimentali, tutte astrattamente consentite dalla legge[2].

Orbene, in questi casi, le difettosità o le inadeguatezze del modello organizzativo, al pari di quanto accade secondo le statuizioni di cui al decreto legislativo n. 231/2001, dovrebbero rilevare per l'imputazione di una responsabilità e di una correlata colpa *"in organizzazione"*.

D'altronde, sarebbe inspiegabile e resterebbe inspiegato - nonostante la cosiddetta esclusività e specialità della giurisdizione contabile - che eclatanti inadeguatezze del modello organizzativo possano rappresentare, nella sede penale, occasione di addebito per responsabilità amministrativa da reato a carico di una società privata (con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie o interdittive) e, di contro e all'opposto, nella sede contabile, non integrino al-

[1] P. SORDI, *La privatizzazione del pubblico impiego*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Jaricci, 2001.

[2] Cass. SS.UU. n. 74024 del 28.3.2006.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cun rilievo per il configurarsi di una responsabilità amministrativa per danno erariale a carico di amministratori o dipendenti della medesima società privata, qualora la stessa funzionalmente entri in rapporto con una pubblica amministrazione e gli amministratori e dipendenti abbiano causato un nocumento erariale.

In altre parole, si verserebbe al cospetto di due ipotesi di "disorganizzazione", diversamente apprezzate in sede giudiziale:

- quella privatistica (ex decreto n. 231/2007), rimessa alla cd. autonormazione, ma molto più rigorosa e suscettiva di dare corso ad imputazioni di responsabilità anche nei confronti dei vertici aziendali;
- quella pubblicistica, affidata a normative eterodettate e presidiate persino da canoni costituzionali (art. 97 Cost.) e, ciononostante, molto meno cogente, perché idonea soltanto a fungere da scriminante o attenuante delle responsabilità soggettive individuali e capace di condurre a rideterminazioni in diminuzione della colpevolezza e dell'addebito.

La differenza potrebbe sospingere verso il ridimensionamento dell'idea di un Giudice, quale è quello contabile, che in quanto meglio attrezzato nel valutare e misurare efficienza ed efficacia degli assetti organizzativi e procedimentali delle pubbliche amministrazioni, meglio sa giudicare sul detrimento che la *disorganizzazione* - quando presente in una società privata funzionalmente dedita alla resa di un servizio pubblico e in caso di commissione di illeciti - parimenti può recare agli interessi della collettività ed alle pubbliche finanze.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Profili di responsabilità amministrativa
a seguito della giurisprudenza amministrativa riguardante i tempi di pagamento ai fornitori.

di Angelo Buscema*

1. La sentenza del Consiglio di Stato 1638/2004 - A seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 1638 del 16 novembre 2004 - 12 aprile 2005 si va delineando un regime rigoroso di tempi di espletamento delle procedure di pagamento dei fornitori, con obbligo di conclusione a 30 giorni, pena la corresponsione di interessi moratori che possono dare luogo a profili di responsabilità amministrativa.

La domanda trae origine dal ricorso presentato da una società avverso la clausola, contenuta nella lettera di invito di una Azienda ospedaliera che fissava a 90 giorni il termine dei pagamenti dalla data di ricevimento delle fatture e che condizionava il pagamento delle somme dovute alla disponibilità di risorse derivanti dall'approvvigionamento con le fonti di finanza derivata.

La clausola precisava che tali condizioni costituivano cause di forza maggiore, e di non imputabilità al debitore di cui all'art. 3 del d.lgs n. 231/2002.

La citata sentenza del Consiglio di Stato ha, anzitutto, ribadito che l'autonomia imprenditoriale delle Aziende sanitarie ha carattere strumentale, circoscritto al potere- dovere di individuare le strutture operative e criteri di gestione improntati ad economicità con l'equilibrio di costi e di ricavi, è comunque espressamente equiordinata alla personalità giuridica pubblica, riaffermando, quindi, la sottoposizione alla giurisdizione amministrativa delle stesse Aziende sanitarie locali.

Con riferimento ai profili dei ritardi nel pagamento delle forniture la sentenza ha dichiarato illegittimo l'aumento a 90 giorni del termine per pagare le forniture introducendo un indebito vantaggio per l'Amministrazione dato l'automatismo della decorrenza degli interessi previsto dall'art. 4 del d.lgs n. 231 del 2002.

La sentenza ha precisato che l'indisponibilità della provvista finanziaria non si concilia con le regole del mercato che, ai fini della correttezza nei pagamenti, parificano gli organismi pubblici a quelli privati.

Tuttavia, la sentenza non approfondisce il problema relativo alle regole di finanziamento delle Aziende sanitarie, con riferimento alla sufficienza dei mezzi finanziari a loro disposizione ed ai meccanismi di trasferimento di fondi nei bilanci delle Aziende sanitarie.

---

* Consigliere della Corte dei conti

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La sentenza ha, anche, dichiarato la nullità, per violazione del principio di parità contrattuale, della riduzione del tasso di interesse dovuto dall'Azienda ospedaliera per il ritardo nella fornitura ed allo sconto imposto al creditore in caso di pagamento anticipato da parte dell'Azienda.

La citata sentenza va inquadrata nell'ambito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale delle Amministrazioni pubbliche, anche operanti con forme di diritto privato ed ispirate ad una logica di tipo aziendalistico.

Occorre, tuttavia, esprimere alcune considerazioni.

Anzitutto, non può essere riconosciuta alle Aziende sanitarie locali la legittimità di comportamenti negoziali ispirate alla sovraordinazione della posizione soggettiva pubblica rispetto a quella dei privati fornitori.

Di conseguenza, non sono ammissibili, perché contrari alla rigorosa disciplina dell'art. 4 del d.lgs n. 231/2002, pattuizioni con i fornitori su una diversa dilazione di pagamento.

Il rafforzamento dell'obbligo di trasparenza cui è ispirata tale rigorosa disciplina non sembra tenere nella debita considerazione due elementi: la farraginosità delle procedure di pagamento dovute ad una serie di problemi riassumibili nella lunghezza dei tempi necessari per il pagamento nei confronti dei fornitori e, l'altro, l'inadeguatezza del sistema di finanziamento delle Aziende sanitarie.

Il primo problema può essere risolto con l'adozione di modelli organizzativi ispirati alla logica imprenditoriale di individuare strutture operative in grado di snellire i tempi di pagamento, con l'adozione di adeguate misure di snellimento delle procedure esistenti.

L'altro problema, quello della sufficienza dei mezzi finanziari, è altrettanto delicato con possibili riflessi sul piano delle responsabilità.

Difatti, la citata sentenza afferma che non è opponibile ai privati fornitori l'insufficienza dei mezzi finanziari a disposizione dell'Azienda sanitaria locale in relazione a problematiche di provvista di fondi che non sono compatibili con le regole di mercato, e ciò in quanto in materia di pagamenti di oneri derivanti da contatti di diritto privato vi è parificazione degli organismi pubblici a quelli privati.

Tale affermazione va condivisa in linea di principio tenuto conto che è ormai comunemente accolta l'equiordinazione tra organismi pubblici e soggetti privati nello svolgimento di servizi ed attività di pubblico interesse.

2. Gli effetti della gestione in senso economico delle aziende sanitarie locali - La recente riforma della Pubblica Amministrazione, in tutte le sue articolazioni, si è indirizzata per introdurre forme di maggiore responsabilizzazione dei soggetti chiamati ad operare per un'azione non solo conforme alle

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

norme ma anche efficace, efficiente ed economica.

Per le aziende sanitarie locali occorre considerare che con la riforma introdotta dal d.lgs n. 502 del 1992, e successive modificazioni, il sistema sanitario, pur conservando significativi elementi caratterizzanti i profili propri delle amministrazioni pubbliche (vedasi inclusione enti del servizio sanitario nazionale nell'art.1 del d.lgs n. 29 del 1993 e quindi del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165), sono stati introdotti elementi ed indirizzi di competitività e di aziendalizzazione nel regime delle risorse umane (personale) e strumentali (acquisto di beni e servizi), dei controlli e delle responsabilità. Questi nuovi aspetti caratterizzano soprattutto le aziende ospedaliere e riguardano l'intero sistema (vedasi introduzione della contabilità economica) ed aprono aspetti problematici.

Nell'attuale assetto delle aziende sanitarie locali convivono;

1. profili pubblicistici con tratti di derivazione aziendale, dei quali sono espressione la responsabilità manageriale e la determinazione normativa di parametri, tetti, limiti di gestione;

2. una configurazione che conserva preponderanti caratteristiche delle amministrazioni che operano nel diritto amministrativo.

Nel sistema sanitario vanno conciliate due esigenze:

1. la libera scelta da parte del paziente;

2. la programmazione delle risorse e degli strumenti nel quadro delle compatibilità finanziarie e generali del settore.

Va ricordato, in proposito, che la Corte costituzionale con la sentenza n. 416 del 21 luglio 1995, in tema di responsabilità derivante dai disavanzi, ha sottolineato il collegamento tra responsabilità e spesa in conseguenza delle scelte effettuate dall'ente e l'autonomia dei vari soggetti ed organi correlata alle disponibilità finanziarie.

La spesa, secondo altra pronuncia della stessa Corte (n. 356 del 1992) deve essere correlata alle effettive disponibilità finanziarie che condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute.

La disponibilità costituisce un limite all'autonomia con duplice funzione di protezione dei vari soggetti e con carattere di reciprocità, nel senso che gli enti di autonomia devono provvedere con risorse proprie in presenza di maggiori spese dipendenti da proprie scelte giustificabili da esigenze locali.

La definizione della responsabilità della regione per la copertura dei disavanzi delle aziende sanitarie non esclude tuttavia la eventuale responsabilità degli amministratori delle aziende sanitarie locali per le violazioni in materia di spesa e di vincoli di bilancio.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Parallelamente occorre considerare la profonda riforma dei controlli esterni (legge n. 20 del 1994) e la generale attuazione del decentramento della giurisdizione su base regionale (legge n. 19 del 1994).

Le linee portanti della riforma sanitaria, dirette ad un miglioramento della qualità dei servizi ed a rendere l'azione amministrativa più coerente ai principi di efficienza, economicità ed efficacia delle gestioni (d.lgs n. 29 del 1993, leggi n. 59 e 127 del 1997, d.lgs n. 165 del 2001), sono le seguenti:

- la regionalizzazione, a seguito del trasferimento di funzioni disposto dal d.lgs n. 112 del 31 marzo 1998 (coinvolgimento dei comuni nella programmazione sanitaria e socio- sanitaria regionale e locale);
- l'aziendalizzazione (sanitarie ed ospedaliere, con personalità giuridica pubblica, autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, gestionale e tecnica); con il d.m. 24 luglio 1995 sono stati definiti degli indicatori di efficienza e di qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie, di cui all'art.10 del d.lgs n. 502 del 1992, che costituiscono uno strumento per l'autovalutazione e la verifica dell'efficienza gestionale e dei risultati conseguiti nell'esercizio delle attività sanitarie; attuazione della carta dei servizi, anche mediante verifiche sulle prestazioni sanitarie, con la più ampia divulgazione dei dati qualitativi ed economici inerenti alle prestazioni erogate, con promozione della partecipazione dei cittadini, oltre che degli operatori sanitari alla programmazione ed alla valutazione dei servizi sanitari;
- la competizione tra le nuove strutture pubbliche e private su un piano di tendenziale parità; le regioni definiscono delle tariffe remunerative delle prestazioni ed un idoneo sistema di verifica qualitativa delle prestazioni: il nuovo sistema di finanziamento a prestazione è basato non più sulle giornate di degenza, ma su tariffe predeterminate relative ad ogni tipologia di prestazione; il meccanismo di finanziamento tende a contribuire a disincentivare gli ospedali da trattenere i pazienti per periodi di tempo più lunghi di quanto richiesto dalle effettive cure, favorendo la riduzione della durata media della degenza.
- la responsabilizzazione dei dirigenti, con espressa menzione della valutazione dei risultati conseguiti rispetto alla programmazione regionale, con particolare riguardo all'efficienza, all'efficacia ed alla funzionalità dei servizi sanitari;
- la partecipazione dei cittadini;
- la programmazione a livello centrale e regionale. (Ministro salute ed il Governo che adotta il piano sanitario nazionale triennale, su parere delle competenti commissioni parlamentari e di intesa con la Conferenza Stato- Regioni.- Piani regionali elaborati entro 150 giorni dall'approvazione del paino sanitario nazionale).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

3. Considerazioni sulla managerialità nelle aziende sanitarie locali - L'utilizzazione del concetto della managerialità nelle aziende sanitarie locali discende dalla tendenza ad utilizzare modelli privatistici negli enti pubblici, resi più vicini ed accessibili dal processo di privatizzazione che consente di utilizzare mezzi pubblici secondo criteri privatistici, con conseguenze sul piano dei controlli e delle garanzie di tutela oggettiva del pubblico denaro.

Secondo una definizione comunemente accolta per manager si intende il "dirigente d'azienda, di elevata posizione, che accentra in sé le funzioni dell'imprenditore, assumendosi la responsabilità della conduzione dell''azienda e delle relative decisioni", con la conseguente applicazione nei suoi confronti delle disposizioni contenute negli articoli 2396, 2487 ed articoli ivi richiamati del codice civile.

Non è stato ancora dimostrato come ciò possa avvenire nelle aziende sanitarie locali.

Appare evidente che la managerialità per le aziende sanitarie locali debba essere intesa come dirigenza, tenendo presente che l'utilizzo presso gli enti pubblici di strumenti privatistici, per la gestione in senso lato, incontra un limite di fondo nel fatto che la proprietà delle strutture private appartiene ai singoli e che le possono tutelare ed utilizzare secondo le norme civilistiche, mentre la proprietà delle strutture pubbliche appartiene alla collettività che deve utilizzare direttamente gli strumenti civilistici, con conseguente diversa impostazione degli strumenti di garanzia nella gestione di mezzi pubblici.

Il nuovo assetto organizzativo delle amministrazioni pubbliche, previsto dal decreto legislativo n. 29 del 1993 e successive modificazioni ed integrazioni, sul quale è fondato il controllo di gestione prevede al separazione tra organi politici con compiti di indirizzo e di controllo ed organi di gestione. Sono state così attribuite all'organo politico compiti di indirizzo e di controllo, mentre alla dirigenza ed all'apparato amministrativo è stata attribuita la responsabilità per la gestione.

Tale separazione potrà avvenire effettivamente nella misura in cui le norme statutarie e regolamentari riescano a garantire l'autonomia dei dirigenti titolari degli uffici nelle scelte gestionali di loro esclusiva competenza.

Il rischio è quello che gli amministratori delle aziende sanitarie locali siano indotti a continuare a gestire sul piano amministrativo scaricando le responsabilità sui dirigenti e sulle strutture amministrative.

Tale aspetto è di particolare delicatezza e su di esso si gioca la credibilità della riforma e la trasparenza nella gestione delle aziende stesse.

4. I profili di responsabilità amministrativa - Vanno ora esaminati alcu-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ni profili giurisprudenziali sui possibili riflessi sul piano della responsabilità amministrativa contabile in ragione del danno causato dal ritardo nei pagamenti.

Il danno da ritardo è una tipologia che impegna l'interprete nella difficile opera di coordinamento fra l'art. 17 lett. F) della legge 59/97 (che prevede la predisposizione, a livello normativo, per i casi di mancato rispetto del termine del provvedimento, di mancata ritardata adozione del provvedimento, di mancata ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme d'indennizzo automatico e forfetario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento) e la sentenza n. 500/99 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, secondo cui la norma garantisce un minimum di ristoro patrimoniale in via forfetaria, salva la prova, da parte del privato, del danno ulteriore causato dall'illegittimo ritardo con cui la P.A. ha esercitato la propria attività provvedimentale.

Sul punto, con la sentenza TAR Puglia-Lecce. Sez. I, 19 aprile 2002 n. 1572, il danno da ritardo è stato ricondotto ai casi in cui "il privato non agisce per ottenere il ristoro, derivante dalla perdita definitiva del bene della vita, cui aspirava, ma soltanto per far valere il pregiudizio, provocato dal ritardo nel suo conseguimento" precisandosi, tuttavia "che il solo accertamento del ritardo, nell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, promosso dal privato e teso all'ampliamento della sua sfera giuridica, non è sufficiente, per la statuizione circa l'obbligo del risarcimento del danno, ex art. 2043 cod. civ.. A tal fine occorre valutare le ragioni del ritardo, vale a dire se l'Amministrazione non ha rispettato il termine finale del procedimento per dolo o per colpa, ovvero se la sua inerzia possa ritenersi giustificata".

Di recente è stato affermato che, nella fattispecie *de qua*, "la pretesa risarcitoria nasce non già quale diritto patrimoniale consequenziale all'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, ma quale conseguenza di un comportamento o di un provvedimento dell'amministrazione che in sé è legittimo, ma che l'interessato assume essere stato adottato in ritardo rispetto ai tempi previsti dalla legge o da sentenza esecutiva" (TAR Puglia, II Sezione di Lecce, n. 7067/2004).

Secondo una più articolata ricostruzione la formula "danno da ritardo" comprende il "diritto" ad una prestazione (la tempestiva conclusione del procedimento) e l'interesse al bene della vita che l'esecuzione della prestazione soddisfa (il rilascio del provvedimento).

Secondo la giurisprudenza amministrativa il danno da ritardo risarcibile ex art. 2043 c.c. può essere solo quello che determina una lesione dell'aspettativa (di interesse legittimo) al rilascio del provvedimento favorevole e non già il

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

danno da mero adempimento dell'obbligo di provvedere.

5. Le peculiarità nelle Aziende sanitarie locali alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e degli orientamenti della giurisdizione della Corte dei conti - Occorre considerare che, alla luce degli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale in ordine alla riforma della sanità pubblica (Corte cost. 28 luglio 1993 n.355 e 28 luglio 1995 n. 416), nelle Aziende sanitarie va perseguito l'obiettivo di contemperare le esigenze di salute dei cittadini con la limitatezza dei mezzi finanziari a disposizione, da cui discende l'obbligo per gli amministratori e per i dirigenti di commisurare la quantità e la qualità dell'assistenza e delle prestazioni sanitarie alle disponibilità delle risorse.

Secondo la stessa Corte costituzionale, "in presenza di risorse limitate, di riduzione delle disponibilità finanziarie e di esigenze di risanamento in bilancio, non è pensabile di potere spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto, ovviamente, conto delle fondamentali esigenze connesse alla salute" (corte cost. 27 marzo 1992 n. 356).

Alla luce di tali considerazioni la giurisprudenza della Corte dei conti ha ritenuto di non ammettere che il danno sia la conseguenza di un complesso ed insufficiente meccanismo di finanza pubblica e quindi non giustificato il comportamento dei soggetti incaricati all'interno di una Azienda sanitaria, assumere le necessarie iniziative al fine fare fronte agli pegni assunti per l'erogazione del servizio.

Anzitutto, la Corte dei conti ha riconosciuto la responsabilità di un amministratore, dotato di tutti i poteri di impulso e di sovrintendenza sugli uffici amministrativi, che ha omesso di assumere adeguate iniziative per consentire l'immediato soddisfacimento di pendenze debitorie in atto al momento dell'assunzione del delicato incarico, circostanza questa ancora più grave proprio in ragione della situazione finanziaria dell'azienda stessa, che avrebbe richiesto un censimento di tutte le situazioni debitorie e l'assunzioni di iniziative dirette a limitarne gli effetti finanziari sull'ente. In particolare, non aveva assunto le più elementari iniziative dirette a limitare il proliferare di spese abnormi, adottando, sulla base della vigente normativa nazionale e regionale, un programma di spesa sostenibile con le risorse finanziarie disponibili e comunicando ai medici competenti il tetto massimo di spesa sostenibile, con l'avvertenza che eventuali sfondamenti rispetto al limite di spesa non avrebbero potuto essere portati a pagamento. L'assunzione di tali iniziative avrebbe

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

incontrato resistenze e difficoltà nei soggetti destinatari, ma l'inerzia rilevata nel comportamento dell'amministratore, proprio in ragione della richiamata situazione finanziaria, aveva denotato una condotta connotata da estrema gravità e tale da porsi in diretta relazione causale principale con l'evento dannoso sopportato dall'ASL in questione.

La stessa Corte ha riconosciuto la responsabilità del coordinatore amministrativo che aveva il compito di sovrintendere ai servizi, e quindi anche alla loro funzionalità. Nella fattispecie non aveva rilevato alcuna anomalia nel funzionamento dei servizi stessi e non aveva assunto alcuna iniziativa per porre rimedio o comunque arginare a gravi patologie gestionali ed organizzative, patologie che hanno comportato sistematiche inadempienze da parte dei competenti uffici dell'ente di fronte alle richieste di pagamento avanzate e sollecitate dai creditori. Il suo comportamento era stato improntato, secondo la Corte, a grave negligenza in quanto non aveva adempiuto al preciso obbligo normativo di vertice amministrativo dell'azienda sanitaria locale omettendo di intervenire presso gli uffici per ovviare a ripetute, persistenti e gravi patologie gestionali e contabili che avevano comportato secondo apporto causale diretto il danno patrimoniale verificatosi.

Il meccanismo evidenziato dagli atti processuali, dal quale è scaturito un danno patrimoniale all'ente, è quello di uffici di un'azienda sanitaria che trascurano gli adempimenti necessari per la liquidazione delle spese derivanti da prestazioni mediche fino a quando non pervengono i precetti ingiuntivi di pagamento sollecitati dai medici creditori.

Appare sintomatica di gravi disfunzioni organizzative e gestionali la circostanza che i servizi dell'ente non avevano comunicato tra di loro con tempestività le pendenze debitorie e che non si assumessero iniziative per una razionalizzazione e monitoraggio delle spese in presenza di una situazione di difficoltà finanziaria.

Tale situazione, invece di essere possibile giustificazione dei comportamenti dei convenuti, costituisce circostanza aggravante in quanto gli organi di vertice dell'ente avrebbero dovuto intervenire con decisione e puntualità, facendo assumere agli Uffici le iniziative più opportune per la riduzione delle disfunzioni.

Della conoscenza da parte dell'amministratore straordinario e del coordinatore amministrativo della grave situazione di disfunzione gestionale costituiscono prova le note ad essi inviate, a firma dei Responsabili del Servizio Programmazione Finanziaria, Ragioneria e Bilancio, con le quali hanno segnalato che il tesoriere aveva restituito a più riprese un numero consistente di mandati di pagamento in quanto non coperti da cassa.

Appare evidente che, in presenza di tali segnalazioni, i predetti organi di

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

vertice erano tenuti ad intervenire in modo adeguato, impartendo agli Uffici dell'ente stesso le opportune direttive per un rigoroso contenimento della spesa e per più stretti raccordi funzionali tra i servizi, in relazione alle esigenze finanziarie nell'ambito di una programmazione generale della spesa.

L'avere omesso di intervenire, pur in presenza di situazioni disfunzionali della gestione, molto gravi e reiterate, tali da porre in pericolo l'assolvimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei creditori, costituire un comportamento di grave negligenza e di superficialità, tenuto anche conto che, in mancanza di liquidità finanziarie, era molto probabile- come difatti è avvenuto- il verificarsi dell'evento, che è consistito nell'attivazione di procedure esecutive nei confronti dell'ente per il soddisfacimento di debiti pregressi.

6. Considerazioni conclusive - L'esame di tale giurisprudenza consente di affermare che nelle Aziende sanitarie occorre adottare programmi di spesa compatibili con le risorse finanziarie disponibili, anche con la comunicazione agli Uffici dei tetti massimi di spesa sostenibili, e limitare iniziative che producono effetti distorsivi sul sistema finanziario dell'Azienda.

Tuttavia, al di là delle situazioni patologiche ora descritte, di effettuazioni di spesa al di fuori di una oculata gestione delle pendenze debitorie esistenti, vi è da considerare che il ritardo nei programmi di forniture prestate può costituire danno per l'Azienda in relazione agli interessi, ma che tale elemento da solo, non può portare a condanna degli operatori in un giudizio di responsabilità amministrativa per danno.

Difatti, perché sussista responsabilità ove necessario anche l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, che, in relazione a tali fattispecie, può ritenersi sussistente solo nel caso, rispettivamente, di specifica volontà di dare luogo ad una violazione di un obbligo di pagamento, ovvero di grave superficialità e noncuranza nello svolgimento dei compiti attribuiti.

La seconda ipotesi più concretamente verificatasi allorquando siano reiterati e persistenti i pagamenti effettuati al di là dei termini tassativamente previsti senza l'adozione di elementari misure di salvaguardia dell'interesse dell'Azienda. Tale affermazione è avallata dalla constatazione che l'attivazione della azione di risarcimento degli interessi di mora previsti dai privati è generalmente effettuata in presenza di comportamenti reiterati e significativi dell'Azienda, tali da creare difficoltà finanziarie a fornitori che ispirano la loro attività a logiche imprenditoriali di diritto privato.

A conclusione, i problemi che derivano dall'applicazione dei principi espressi dalla citata sentenza del Consiglio di Stato, così come della giurisprudenza costituzionale e della Corte dei conti prima richiamate, sono di carattere organizzativo e gestionale all'interno delle Aziende, le quali devono procedere

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

agli acquisti ed alle forniture secondo programmi di spesa sostenibili con la situazione finanziaria e semplificare i meccanismi di pagamento ai fornitori, non potendosi e attestare e trincerare dietro la ormai vetusta sovraordinazione dei soggetti pubblici rispetto a quelli privati, sovraordinazione non più compatibile con una azienda di erogazione di servizi ai cittadini.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La responsabilità amministrativo-contabile
nei confronti degli gli organi politici locali e degli organi di gestione

di Giorgio Capone*

L'attività politica degli amministratori degli enti locali trova il suo riferimento nel d. lvo 18 agosto 2000 n. 257 ove,all'art. 36 vengono indicati gli organi di governo del comune nel consiglio, nella giunta e nel sindaco e quelli della provincia nel consiglio e nel presidente.

Le scelte proprie di chi è posto al vertice politico sono quelle che hanno a fondamento le esigenze di carattere generale della collettività locale. Esse ne concernono l'interpretazione e sulla sua base l'adozione di iniziative. Ed è esatto qualificare come politiche queste scelte e rilevare che funzione propria degli amministratori è progettare la gestione (così Francesco Garri, *La gestione degli enti locali*, 1987, 16 e seguenti) o come indica la stessa Corte "l'attività politica attiene alla individuazione dei fini dell'azione amministrativa (Sezione III n. 322/A dell'8/10/2002).

Diversa e distinta è la funzione amministrativo- gestionale affidata, sempre dal d.lvo n. 257, al vertice amministrativo e più specificamente ai responsabili dei servizi e degli uffici scelti con le modalità di cui agli art. 109 e 110 di detta disposizione normativa.

Essa, in buona sostanza, concerne il soddisfacimento dei fini dell'azione amministrativa e la loro idonea attuazione (Sezione III n. 322/A citata).

Il "momento politico" in cui vengono solitamente individuati i progetti ritenuti idonei a realizzare i fini amministrativi è quello delle sedute consiliari o di giunta, ma, ovviamente sussiste una sfera dell'agire affidata esclusivamente al sindaco ed al presidente della provincia (es. nomina, assegnazioni o revoche dei rappresentanti rispettivi presso enti,aziende ed istituzioni).

Ed è tale anche quello in cui vengono scritte le regole, formalizzato l'indirizzo amministrativo (con circolari, regolamenti, disposizioni di servizio).

Il "momento amministrativo" è quello in cui l'azione amministrativa viene attuata nel concreto ed è affidato alla cura dei preposti ai servizi ed agli uffici trovando il suo snodo attraverso l'iter procedimentale regolato dalla legge, dal regolamento e dagli ordini di servizio.

In questo quadro di demarcazione fra i compiti di direzione politica e quelli rientranti nella sfera della gestione amministrativa, il legislatore ha ritenuto di

* Consigliere della Corte dei conti, Sezione III Centrale di appello.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

creare una norma di favore e cioè la cd "esimente politica" prevista dall'art. 1 comma 1-*ter* della legge n. 20 del 1994 novellata dalla legge n 639 del 1996 che esclude l'estensione della responsabilità ai titolari degli organi politici nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici ed amministrativi quando detti organi, in buona fede, li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione.

Tale demarcazione fra organi di direzione politica e organi di gestione, chiaramente innovativo, si ricollega al nuovo ordinamento delle autonomie locali sancito con la legge 8 giugno 1990 n. 142, che ha rivoluzionato i criteri della precedente normativa che ascriveva in capo ai soli amministratori tutte le responsabilità della gestione.

Innanzitutto, la giurisprudenza della Corte ha subito chiarito ove la norma di favore dovesse essere intesa nel suo significato letterale, dovrebbe essere considerata come volta a sancire una pratica irresponsabilità degli organi politici, non risultando previste decisioni che non vengano prima esaminate dai competenti uffici. Del resto anche in sede di lavori preparatori della legge n. 639 (atti senato n. 106 e 107 del 19/12/1996) era stato rilevato come fosse stata inserita nel disegno di legge una disposizione di dubbia applicabilità "sia per l'ambiguità della nozione di buona fede ivi richiamata, sia per il fatto che la nozione di atti che rientrano nella competenza degli uffici tecnici o amministrativi, cui fa riferimento il punto in questione, include in realtà tutti gli atti rilevanti ai fini qui considerati" (Sezione I n. 282 del 7/8/2002)

Pertanto, lo sforzo dei giudici contabili si è indirizzato a formulare criteri per quanto riguarda gli organi beneficiari della norma di favore, escludendo ad esempio quelli collegiali non elettivi come gli organi di gestione della ASL (Sezione III centrale n. 117 del 22/3/2000) ritenuti non politici. In secondo luogo, hanno dovuto stigmatizzare che per essere totalmente esonerato dalla responsabilità dell'addebito, l'organo politico doveva dimostrare di aver agito in"buona fede" da accertare in relazione ai specifici doveri attribuiti.

Se la buona fede è "norma fondamentale di comportamento nella fase di esecuzione di tutti i rapporti giuridici", occorre verificare sul piano del concreto contenuto decisorio delle sentenze l'effettiva misura del suo riconoscimento in sede giurisprudenziale.

I giudici contabili hanno posto dei paletti quanto al riconoscimento del beneficio, la Sezione II (n. 303 del 3/11/2003: "l'esimente cd politica della responsabilità amministrativa contabile,prevista dall'art. 1, co. 1-ter, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, a favore dei titolari di organi politici che abbiano approvato e fatto eseguire in buona fede atti compresi nelle competenze di uffici tecnici amministrativi, opera soltanto quando la decisione che si assume essere fonte di ingiusto danno sia stata assunta in materie di particolare difficoltà

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tecnica e giuridica, dovendosi altrimenti ritenere che l'evidenza dell'erroneità dell'atto sia tale da escludere la stessa buona fede dei titolari dell'organo politico".

Il caso preso in esame dei giudici contabili riguardava la responsabilità per danni derivati da un'azione civile di terzi proprietari i cui locali erano stati occupati illegittimamente dal comune cui gli amministratori avevano deciso arbitrariamente di resistere.

Così hanno argomentato i giudici nel confermare la condanna della giunta per mancanza di buona fede dei suoi membri "nessuna difficoltà esisteva, rientrando nel comune buon senso percepire che l'avvenuta e protratta occupazione dei locali comportava ex se il pagamento del corrispettivo"

Il modello procedimentale si conclude normalmente con una decisione intrapresa dagli organi politici, monocratici o collegiali, sulla base di adeguate istruttorie e passano attraverso congrui pareri amministrativi e tecnici, in relazione alle diverse concrete fattispecie procedimentali

Il problema maggiore che la magistratura contabile ha dovuto affrontare riguarda appunto l'identificazione dei responsabili nel caso di adozione di un provvedimento dannoso emesso in carenza o palese insufficienza delle istruttorie, pareri o proposte di volta in volta previsti e rientranti nelle competenze proprie dei responsabili dei servizi.

L'attività della pubblica amministrazione richiede continui e qualificati apporti di conoscenza, e non soltanto tecnica, sugli specifici problemi ed una rappresentazione completa per quanto possibile degli interessi coinvolti nei processi realizzativi.

Da qui nasce la necessità imposta dal legislatore che gli organi collegiali su ogni proposta di deliberazione ad essi sottoposta – che non sia di mero indirizzo- deve essere richiesto parere in ordine alla sola regolarità tecnica del responsabile del servizio interessato, e qualora comporti impegni di spesa o diminuzioni di entrate, del responsabile di ragioneria in ordine alla regolarità contabile.(art. 49 del Dlgvo n. 267 del 18/8/2000).

In buona sostanza, ogni proposta amministrativa deve essere ponderata e analizzata con la documentazione necessaria acché la volontà collegiale non nasca già viziata *ab origine*.

È necessario, perciò, che chi è responsabile di un servizio offra il nel modo più completo possibile il suo bagaglio di conoscenze e di esperienze.

I pareri possono essere di carattere tecnico ed, in tal caso, riguardano la conformità delle scelte dell'organo decidente alle regole ingegneristiche,mediche o di mercato, mentre i pareri di carattere contabile investono la compatibilità delle decisioni rispetto alle disponibilità di bilancio.

Chi decide non può effettuare scelte inadeguate o incompatibili con i fondi

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

a disposizione; questo è il monito che i giudici contabili hanno rivolto agli amministratori.

Spesso però sono rimasti inascoltati; numerose, se si guarda la casistica giurisprudenziale sono state le condanne di amministratori per non avere dato seguito ad un parere negativo del responsabile del servizio competente oppure per non avere richiesto alcun parer e seppure obbligatorio, sia di funzionari per non avere emesso il prescritto parere oppure per avere emesso un parere del tutto al di fuori delle regole tecniche.

Ad esempio, l'aver deliberato di affidare e poi affidato ad una impresa uno studio di fattibilità, poi rivelatosi totalmente inutile, senza aver chiesto il parere agli organi tecnici locali ha prodotto la conferma della condanna emessa in primo grado degli amministratori (Sezione I, n. 282 del 2002).

Un caso emblematico che ha coinvolto sia gli amministratori che i funzionari competenti è stato deciso dalla Sezione territoriale per il Lazio (n. 1337 del 2004): i giudici hanno stabilito che i componenti della giunta ed il funzionario che ha dato parere favorevole sono responsabili del danno provocato da una delibera che,modificandone una precedente che già prevedeva canoni inferiori a quelli di mercato, abbassava notevolmente i canoni stessi applicando criteri diversi da quelli previsti dalla legge.

La condanna è stata evidentemente comminata per l'evidente sproporzione dei canoni rispetto alle regole di mercato che entrambi, pur nei differenti ruoli,dovevano conoscere.

Talvolta sono stati condannati solo i funzionari e non l'organo decisionale: la responsabilità di costoro è stata riconosciuta per avere fornito un parere di congruità dei prezzi del tutto inadeguato senza accertamenti istruttori necessari consentendo acquisti dannosi per l'ente (Sezione Lazio n. 26/2003).

Il carattere procedimentale che caratterizza lo svolgimento dell'azione amministrativa esige che tutti i partecipi svolgano i compiti previsti nei limiti della competenza attribuita posto che la stessa è finalizzata alla realizzazione di pubblici interessi.

Il procedimento non può essere monco e deve avere una conclusione: questo è il principio stabilito dalla III sezione d'appello n 401 del 2006 il cui collegio ha condannato un dipendente del comune per non aver inviato materialmente la delibera di collaudo dei lavori che aveva concluso l'iter procedurale facendo perdere all'ente locale il finanziamento della Regione.

Altri casi esaminati dai giudici contabili e nei quali è stato affrontato il diverso ruolo degli organi politici rispetto ai responsabili dei servizi riguardano gli effetti dannosi dell'occupazione "sine titulo". Com'è noto ai sensi dell'art. 20 della legge n. 865 n. 2359 come modificata dall'art. 14 della legge n. 10 del 1977 l'amministrazione deve perfezionare la procedura espropriativi entro

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cinque anni decorrenti dal giorno in cui diviene efficace la dichiarazione di pubblica utilità.

Il Sindaco è istituzionalmente tenuto a condurre a termine la procedura espropriativa ed è l'autorità che in primis deve rispondere dei danni sopportati dall'ente locale per mancato perfezionamento di detta procedura e anche nel caso di delega della materia ad un assessore la responsabilità non può essere esclusa così ragionano i giudici della Sezione n. III (n. 404 del 2004) e non può chiedere in tali casi l'esimente politica (Sezione II, n. 64 del 2003).

La Corte –anche se limitatamente ad amministratori di comuni di non grandi dimensioni- ha ravvisato spesso responsabilità esclusiva del sindaco per avere omesso di adottare nei termini di legge sia il provvedimento di determinazione dell'indennità di occupazione temporanea sia quella di espropriazione nonché per avere trascurato ogni attività di vigilanza sui dipendenti uffici (fra tutte Sezione II, n. 297 del 14/9/2001). Talvolta è stata riconosciuta la responsabilità concorrente dell'assessore ai lavori pubblici "per inerzie e negligenze nella conduzione della procedura sino alla s cadenza dei termini per il provvedimento conclusivo" (Sezione II, n. 256 del 15/11/2000).

La responsabilità degli organi di gestione (concorrente con quella del sindaco) è stata riconosciuta nei confronti del dirigente dell'ufficio tecnico comunale per non aver predisposto gli atti istruttori occorrenti per la definizione del procedimento di espropriazione (Sezione II, n. 84 dell'11/3/2003).

Va ritenuto che la magistratura contabile abbia individuato abbastanza chiaramente i parametri di giudizio nei confronti degli organi deputati alle scelte politiche rispetto a quelli di ordinaria gestione respingendo i tentativi dei primi di utilizzare, senza giustificazione, l'esimente politica.

Significativa sul punto è la decisione della Sezione territoriale per la Lombardia (n. 234 del 17/3/2003) che esplicitamente rileva "per quel che concerne la conclamata distinzione di ruoli e responsabilità tra la sfera politica, da un lato, e la burocrazia, dall'altro, la menzionata distinzione non ha in alcun modo menomato il principio secondo cui la responsabilità di ciascun organo è correlata alle attribuzioni del medesimo. Ed in particolare, il sindaco, come ogni assessore, non può spogliarsi del compito di assicurare che la giunta di cui fa parte si pronunci nel rispetto delle regole di evidenza pubblica poste a presidio della corretta amministrazione, regole, per giunta, che sono di comune percezione anche per i non addetti ai lavori". In buona sostanza per il giudice che ha escluso la responsabilità degli organi di gestione la norma di favore non andava applicata trattandosi nel caso all'esame di materie riservate agli organi di governo.

Sulla posizione dell'assessore ai lavori pubblici, la Sezione II (n. 64 del 2003) ha rilevato che anche in assenza di espressa e formale delega non è so-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

stenibile che rimanga del tutto estraneo alla materia espropriativa, posto che è investito del ramo che più di qualunque altro é toccato dalle problematiche afferenti a tale materia.

Dalla casistica giurisprudenziale emerge che, raramente i giudici contabili hanno accolto l'eccezione di esimente "politica" addotta dagli amministratori preferendo, al fine di individuare responsabilità esclusive o concorrenti, confrontare le loro posizioni ed i loro doveri con quelli degli altri soggetti coinvolti nel procedimento espropriativo (quali gli assessori ai lavori pubblici e responsabili dei servizi).

Del pari i giudici contabili raramente hanno accolto le doglianze circa il difetto di giurisdizione in relazione all'eccepita discrezionalità del potere politico. La difesa spesso, infatti, adombra che la Corte dei conti per stabilire la responsabilità degli amministratori deve necessariamente, in via pregiudiziale, conoscere della discrezionalità delle scelte, materia riservata al giudice amministrativo e per accertare il danno deve effettuare un controllo sull'efficienza dell'azione amministrativa che non può inerire al processo contabile.

Sul punto, la Sezione che decideva su una questione di consulenze ritenute arbitrarie ha sottolineato che ove l'eccezione così come formulata venisse accolta condurrebbe all'impossibilità dell'esercizio della giurisdizione del giudice contabile.

Per i giudici il sindacato del giudice contabile non aveva travalicato un sindacato di merito delle scelte discrezionali essendo stato effettuato alla stregua di parametri oggettivi esterni.(Sezione II, n. 136 del 2002).

Con chiarezza i giudici della sezione territoriale regionale per il Friuli Venezia Giulia (sent. n. 334 del 28/5/2007) hanno ad esempio indicato i limiti quanto alla sindacabilità delle scelte discrezionali "una volta accertata la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, la Corte dei conti non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa (cd riserva di amministrazione) fatta salva comunque la valutazione delle scelte amministrative che abbiano disatteso norme riguardanti l'uso dei poteri discrezionali inerenti la funzione esercitata, oppure che abbiano violato con assoluta irrazionalità il principio della congruenza delle scelte rispetto ai fini pubblici perseguiti ovvero abbiano eluso la causa del potete pubblico esercitato e, pertanto, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti quando l'azione della Procura contabile riguarda l'accertamento dei presupposti di legittimità per l'affidamento degli incarichi esterni negli enti locali".

Esonero da responsabilità dei consiglieri regionali

La costituzione all'art. 122, 4° comma, stabilisce che " i consiglieri regio-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

nali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni ".

I giudici costituzionali con le pronunce n. 289 del 1997 e n. 392 del 1999 hanno affermato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti non solo sugli atti attinenti la funzione legislativa e di indirizzo

Politico, ma anche su quelli strumentali consistenti, fra l'altro, nell'attività di autorganizzazione e di predisposizione dei mezzi umani e materiali per l'esercizio dei compiti istituzionali dei consiglieri regionali.

Con la prima pronuncia, il giudice delle leggi ha negato lo *ius decidendi* in un caso di azione erariale per un presunto acquisto dannoso di 5 autovetture Alfa Romeo per l'Ufficio di presidenza del consiglio regionale.

Con la seconda pronuncia la Corte costituzionale ha escluso la giurisdizione al giudice contabile in un'ipotesi di danno per l'invio in missione in vari paesi dei consiglieri regionali.

La Corte però ha voluto sottolineare che l'impunità riconosciuta ai consiglieri regionali non era finalizzata a precostituire una condizione di privilegio, ma mirava a preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni concernenti la sfera di autonomia propria dell'organo.

L'orientamento giurisprudenziale della Corte non ha potuto prescindere dal *decisum* dei giudici costituzionali; nel caso di domande risarcitorie-ha statuito la sezione siciliana d'appello con la pronuncia n. 103 del 22/8/2000 –che concernono provvedimenti basati su norme regolamentari emanate dal consiglio regionale –nella specie rimborsi per spese di viaggio erogate ai componenti della ex assemblea siciliana, la Corte dei conti non ha giurisdizione .operando al riguardo la guarentigia costituzionale.

La Sezione III, tuttavia, ha ammesso la sindacabilità delle scelte degli amministratori regionali quanto agli atti che "esprimendo scelte abnormi e palesemente arbitrarie, debbono invece ritenersi illegittimi per eccesso di potere, ovvero, nel caso di comportamenti omissivi, per violazione di legge, costituisce non questione di giurisdizione, ma questione che attiene ai limiti interni della giurisdizione della Corte dei conti" (n. 30 del 21/1/2004).

Nell'appello gli amministratori regionali avevano sostenuto che i giudici di I grado avevano violato il principio di salvaguardia della funzione di indirizzo politico proclamata dall'art. 122, comma 4, della Costituzione asserendo che le due delibere con le quali erano stati concessi contributi ad un circolo ippico costituivano atti posti in essere nell'esercizio delle proprie funzioni politiche e,comunque non si erano concretati in perseguimento di fini privati estranei agli interessi regionali.

I giudici richiamavano una pronuncia della Corte di cassazione (S.U. n. 200 del 14 maggio 2001) nella quale si evidenziavano mancanza di assoluta

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ragionevolezza e/o di macroscopica illogicità delle scelte effettuate (accollo parziale di interessi passivi su mutui stipulati da deputati regionali) e si riconosceva la giurisdizione della Corte dei conti per respingere la doglianza anche se poi nel merito non riconoscevano la responsabilità dei condannati in primo grado per mancanza della colpa grave.

A diversa soluzione perveniva la Sezione I (n. 40/2001) in materia di maggiori compensi erogati ad una ditta appaltatrice di servizio di pulizia degli Uffici della regione Campania.

I giudici hanno ritenuto che la circostanza di aver deliberato un servizio e la relativa modalità afferenti ad esigenze istituzionali veniva a spostare il discorso sul piano della valutazione da parte della PA di una scelta rientrante nelle sfera discrezionalità costituzionalmente tutelata. Ciò posto hanno conclamato il difetto di giurisdizione.

In una materia così delicata, i giudici contabili hanno seguito un orientamento piuttosto accorto e totalmente rispettoso dei limiti costituzionali.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Translatio iudicii e giurisdizione contabile

di Antonio Ciaramella*

Sommario: 1 - Necessità di un'osmosi fra le tutele giurisdizionali: Le sentenze della Corte Costituzionale n. 77 del 2007 e della Corte di Cassazione n. 4109 del 2007. 2 – Le pronunce della Corte di cassazione o del giudice di merito sulla giurisdizione contabile: possibilità di una *translatio iudicii*. 3 - Problemi applicativi: legittimazione ad agire, disciplina sostanziale e processuale in ipotesi di *translatio* riguardante il settore della responsabilità amministrativa. 4 - Applicazione del principio relativamente ad altre materie rientranti nella giurisdizione del giudice contabile.

1 - Necessità di un'osmosi fra le tutele giurisdizionali: Le sentenze della Corte Costituzionale n. 77 del 2007 e della Corte di Cassazione n. 4109 del 2007 - Con due decisioni, entrambe del 2007, sia la Consulta(sent. n. 77) che il Giudice di legittimità(sent. n. 4109), hanno dato una risposta positiva in merito alla sussistenza di un canale di comunicazione processuale fra le giurisdizioni tale da consentire, in caso di difetto di quest'ultima in capo al giudice adito, la prosecuzione del giudizio presso l'Organo giudiziario dotato di *potestas iudicandi*, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente introdotta, oltre che con la conservazione del valore delle acquisizioni probatorie (c. d. *translatio iudicii*), in quanto l'intero sistema giurisdizionale deve essere diretto, in applicazione dei valori espressi dagli art.li 24, I e II co., e 111 della Costituzione, a risolvere, per quanto possibile, le controversie nel merito, in modo da dare una risposta circa l'attribuzione del bene della vita richiesto.

Ciò, evidentemente, nell'interesse di chi fruisce del servizio giustizia, soprattutto in un periodo storico, come quello attuale, in cui sia per interventi non organici e chiari del legislatore, sui quali spesso è intervenuta in modo demolitorio anche la Corte Costituzionale[1], sia per le frequenti oscillazioni giurisprudenziali, risulta spesso estremamente difficile, anche per gli operatori del diritto, individuare il confine fra le varie giurisdizioni. Circostanza che non potrebbe essere ulteriore elemento di ostacolo per chi chiede una tutela giurisdizionale effettiva.

Le due decisioni sono, come detto, convergenti quanto al principio di diritto affermato, ma differiscono relativamente all'àmbito applicativo dello stesso ed al percorso logico giuridico utilizzato.

---

* Vice Procuratore generale della Corte dei conti, Procura Generale.

[1] Si pensi, ad es., agli effetti delle decisioni n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, della Corte Costituzionale, rispetto ai giudizi regolarmente introdotti innanzi al giudice amministrativo, vigente la disciplina della giurisdizione di quest'ultimo per blocchi di materie, che rischiavano, prima delle decisioni in commento, di non poter essere più utilmente avviati innanzi al giudice ordinario per decadenze o prescrizioni.

Infatti, secondo la Suprema Corte il principio si può dedurre dal sistema vigente con un'interpretazione costituzionalmente orientata. In particolare, facendo leva sull'art. 382, comma III, c.p.c. che, in caso di ricorso, consente la cassazione senza rinvio solo nel caso di difetto assoluto di giurisdizione e sulla circostanza che, essendo oramai ammesso il regolamento di giurisdizione nel caso di giudizi pendenti innanzi a qualunque giudice speciale, andrebbe interpretato in modo estensivo l'art. 367, II comma, del codice di rito che ammette la riassunzione solo se la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Invece, secondo la Consulta non sarebbe possibile evincere dal sistema, nemmeno tramite un'operazione ermeneutica costituzionalmente orientata, la possibilità di una *translatio iudicii*, in quanto, in tema di giurisdizione, vigerebbe un contrario principio. Quest'ultimo, secondo la Corte Costituzionale, va espunto dall'ordinamento, operazione necessaria perché quello che consente la *translatio* possa nascere sulle ceneri del primo.

Come accennato, le sentenze in discorso differiscono anche circa l'individuazione della portata del principio in discorso. Infatti, per la Corte di cassazione sarebbe concepibile la possibilità di una trasmigrazione dei processi anche a seguito di un'eventuale declinatoria di giurisdizione affermata dal giudice del merito. Ovviamente, una decisione di tal genere, a differenza di quella del Giudice regolatore, non potrebbe vincolare il giudice dichiarato fornito di giurisdizione. In tal caso, eventuali conflitti negativi di giurisdizione andrebbero risolti con il meccanismo di cui all'art. 362 c.p.c.

A tali posizioni garantiste si sono, prontamente, adeguati anche il Consiglio di Stato[1] ed il TAR Lazio[2]. I giudici amministrativi, rilevato il proprio difetto di giurisdizione, hanno rimesso le parti innanzi al giudice ordinario. Anche i primi commenti alle decisioni in esame, con riguardo agli effetti delle stesse sui rapporti fra giudice ordinario e tributario, hanno evidenziato il fatto che il principio in discorso andrebbe applicato immediatamente in tale àmbito[3].

Relativamente a tale deciso *revirement* giurisprudenziale si è parlato, in dottrina, di un'importante occasione per sottolineare che la funzione giurisdizionale, intesa come servizio per il cittadino, pur se esercitata da giudici di diversi plessi giurisdizionali, deve considerarsi in modo unitario, e che l'attuale pluralità di giurisdizioni deve essere un valore aggiunto e non un fattore di

---

[1] Con la sentenza della VI sezione n. 3801 del 2007.

[2] Con la sentenza n. 72 del 2007.

[3] Si vedano BERLIRI, *Sul diritto tributario il sigillo della Corte costituzionale*, in *Il Sole-24 Ore* del 2 aprile 2007, pag. 36 e A. P. BROCCHETTA, *Sempre ammessa la* translatio iudicii *tra giurisdizioni diverse(compresa quella tributaria*, in *Il Fisco* n. 28 del 2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

complicazione o di riduzione delle garanzie per chi chiede giustizia[1].

Le sentenze in esame sembrano gravide di conseguenze, anche per il sistema di tutela dei diritti che vengono fatti valere innanzi al giudice contabile.

2 – Le pronunce della Corte di cassazione o del giudice di merito sulla giurisdizione contabile: possibilità di una *translatio iudicii* - Da una lettura in combinato disposto delle due suddette pronunce, è possibile, probabilmente, immaginare, già da oggi, un'applicazione del principio della translatio iudicii, come definito nelle stesse, anche a seguito di decisioni della Suprema Corte o dello stesso giudice del merito relative all'àmbito di giurisdizione del giudice contabile, con riguardo a tutti i settori rientranti nella giurisdizione di quest'ultimo, pur senza nascondersi che vi sono, come vedremo, alcuni ostacoli di non poco rilievo da superare.

Tale possibilità potrebbe trovare fondamento su due ordini di considerazioni.

1) Per il carattere di autorevole precedente della suddetta sentenza della Suprema Corte che si riferisce, pacificamente, ai rapporti fra il giudice ordinario e tutti i giudici speciali ed a quelli reciproci fra questi ultimi.

Infatti, ad es., a pag. 15 della stessa si afferma che "è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa in caso di pronunce sulla giurisdizione".

È bene ricordare che, secondo l'impostazione di tale decisione, il principio si applicherebbe non solo a seguito delle sentenze del Giudice regolatore della giurisdizione, ma anche a quelle del giudice del merito che dovesse ritenere non sussistente la propria giurisdizione.

D'altra parte, è noto che la recente riforma del processo di cassazione ha inteso valorizzare la funzione nomofilattica della Corte, in particolare delle sezioni unite della stessa, che, com'è noto, si occupano, in via esclusiva, delle impugnazioni per motivi attinenti alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato(si pensi alla nuova formulazione dell'art. 374 c.p.c.).

2) Per la natura di sentenza additiva di principio che potrebbe definirsi "rafforzata" della suesposta decisione della Consulta. Infatti, quest'ultima ha, in primo luogo, inteso eliminare un principio generale, secondo il Giudice del-

[1] A. PAJNO in *Per una lettura unificante delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa* sottolinea come l'art. 24 della Cost. garantisce sia l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi che l'unitarietà della funzione giurisdizionale. È noto, altresì, che la necessità di una concentrazione e prontezza della risposta giurisdizionale alle richieste di tutela dei diritti costituiscono principi consolidati della giurisprudenza comunitaria.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le leggi immanente nell'ordinamento, che stabiliva il divieto della *translatio iudicii* nel campo della giurisdizione, ed affermare, nel contempo, una contraria regola costituzionalmente necessaria, chiamando il legislatore ordinario a dare organica disciplina alla materia, attraverso l'esercizio di un determinato ambito di discrezionalità.

Con ciò, la Corte Costituzionale è rimasta nei confini delle decisioni che, di solito, vengono definite, come detto, additive di principio[1]. Però, la Consulta sembra aver fatto un passo ulteriore, dando un carattere ancor più propulsivo alla decisione. Infatti, dopo aver affermato(si vedano i punti 5 e 7 della sentenza) che il principio della "incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi…….. è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali" e che la conservazione degli effetti della domanda originaria discende "direttamente dall'ordinamento interpretato alla luce della Costituzione", senza porre alcun limite al tipo di giudizi le cui domande introduttive hanno tale capacità di conservazione, in coda alla sentenza ha precisato che "è superfluo sottolineare che, laddove possibile utilizzando gli strumenti ermeneutici(come, nel caso oggetto del giudizio a quo, dopo la declinatoria di giurisdizione)i giudici ben potranno dare attuazione al principio della conservazione degli effetti della domanda nel processo riassunto". In tal modo, la Consulta fa riferimento al principio in esame come un necessario raccordo fra le giurisdizioni, costituzionalmente necessario, di cui tutti i giudici, devono tenere conto, nel caso in cui se ne presenti l'occasione, se vogliono dare, com'è loro obbligo, un'interpretazione alle norme di settore conforme a Costituzione.

Perciò, pur concernendo la dichiarazione di incostituzionalità specificamente l'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, nella parte in cui non consente la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda a seguito di declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo, si potrebbe dare, già da oggi, un'applicazione al principio della *translatio iudicii* anche con riferimento alle possibili interferenze fra giurisdizione contabile ed altre giurisdizioni(in particolare quella del giudice ordinario), senza necessità di sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme da cui potrebbe evincersi un contrario principio o attendere un futuro eventuale intervento del legislatore.

---

[1] Si vedano, per un recente esempio di decisioni di tal genere, le pronunce nn. 348 e 349 del 2007, rispettivamente, dichiarative dell'incostituzionalità della normativa sulla determinazione dell'indennità di esproprio dei suoli edificabili e di quella relativa alla determinazione del risarcimento conseguente ad occupazioni c.d. acquisitive.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

3 - Problemi applicativi: legittimazione ad agire, disciplina sostanziale e processuale in ipotesi di *translatio* riguardante il settore della responsabilità amministrativa - La circostanza che dalle suddette decisioni della Consulta e della Corte di cassazione non si evincono limiti quanto alla natura dei giudizi cui applicare il principio che un processo erroneamente instaurato davanti ad un giudice sfornito di giurisdizione possa continuare, così come iniziato, davanti al giudice che ne è fornito, non può fare, comunque, dimenticare che le fattispecie concrete che le hanno originate, riguardano la trasmigrabilità delle cause dal giudice ordinario a quello amministrativo e viceversa. In tali casi, come in quelli relativi a materie rientranti nella giurisdizione del giudice tributario, non viene in evidenza la particolare disciplina, circa la legittimazione ad agire e sostanziale, propria, com'è noto, del giudizio di responsabilità amministrativa.

Vanno, perciò, esaminati gli effetti di tale particolare disciplina sulla possibilità di una translatio relativa ad un giudizio avente ad oggetto l'accertamento di una responsabilità amministrativa, visto che la Cassazione, nella suddetta sentenza, ha tenuto a precisare la sussistenza di un proprio obbligo, ai sensi dell'art. 382, I comma c.p.c., di indicare espressamente innanzi a quale altro giudice ordinario o speciale, invece che quello originariamente adito, la causa sia da riassumere. Analoga esigenza è stata evidenziata dalla Corte Costituzionale.

È necessario considerare due ipotesi:

1) L'eventualità in cui la Suprema Corte, a seguito di regolamento preventivo o di ricorso per motivi di giurisdizione, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, su di una determinata fattispecie di responsabilità amministrativa sottoposta alla cognizione del giudice contabile ovvero, secondo quanto ritenuto dalla Corte di cassazione, è direttamente quest'ultimo ad affermare il proprio difetto di giurisdizione, riconoscendo quella del giudice ordinario[1].

La rilevanza del principio viene in evidenza in fattispecie di confine in cui la sussistenza di un danno a carico di un'amministrazione pubblica o soggetto equiparato è, ovviamente, prospettata nella domanda, ciò che viene negata dalla Corte di cassazione o dal giudice contabile è la giurisdizione di quest'ultimo, ad es. per motivi di insindacabilità da parte del giudice contabile di decisioni discrezionali o riguardanti l'opportunità di scelte imprenditoriali, per questioni attinenti al tipo di giurisdizione sussistente in relazione al momento di verificazione del danno[2]. È noto, poi, che lo stesso concetto di rap-

[1] Probabilmente, in tale ultimo caso, in presenza di un appello, occorrerebbe attendere una definitiva decisione del giudice di secondo grado.

[2] Si pensi al caso di danni causati da amministratori ad enti pubblici economici la cui cognizio-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

porto di servizio non è univocamente interpretabile. Infatti, dalla formula generale, recentemente ribadita dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 24002 del 2007, per la quale la sussistenza di quest'ultimo è subordinata alla necessità che un soggetto venga investito dello svolgimento di una determinata attività in favore di una pubblica amministrazione "assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali cui l'attività medesima nel suo complesso è preordinata", si evince che tale rapporto può avere un significato più o meno ampio a seconda che l'interprete si soffermi, rispettivamente, sul concetto di "perseguimento degli interessi generali" ovvero su quello dell'assunzione di "particolari vincoli o limiti", soprattutto nei casi(che sono quelli su cui maggiormente vengono sollevate, nel corso dei giudizi, questioni di giurisdizione) in cui il soggetto(persona fisica o giuridica) investito dello stesso è esterno alla P.A.

Nell'ipotesi di cui si discute si pone, in primo luogo, il problema dell'individuazione del soggetto legittimato a proseguire il giudizio innanzi al giudice ordinario.

Una titolarità in tal senso potrebbe far capo all'amministrazione danneggiata.

Però, tale possibilità sembra porsi in conflitto con la consolidata giurisprudenza contabile secondo cui l'amministrazione danneggiata non avrebbe la possibilità di agire autonomamente per la tutela giudiziale del diritto al risarcimento del danno sia innanzi al giudice contabile che a quello ordinario, in fattispecie che possano concretizzare ipotesi di responsabilità amministrativa, né avrebbe la disponibilità del relativo diritto[1].

Un'ulteriore ricaduta di tale principio è costituita dalla consolidata posizione giurisprudenziale per la quale è ammesso in giudizio solo un intervento dell'amministrazione danneggiata adesivo-dipendente alla posizione processuale del P.M.[2].

Tali limitazioni deriverebbero dal carattere esclusivo della giurisdizione

---

ne(secondo Cass. sez. civ. ord. n. 19667 del 2003)è riservata al giudice ordinario o a quello contabile, a seconda che gli stessi si sono verificati, rispettivamente, prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 20 del 1994.

[1] In tal senso, ad es., Corte dei conti sez. riun. sent. n. 6/QM del 2003 e sez. I centrale sent. n. 333 del 2004; sez. II centrale n. 215 del 2004 e sez. III nn. 672 e 490 del 2005. La giurisprudenza è, poi, pacifica nel ritenere che un'eventuale transazione tra l'amministrazione ed il responsabile non impedisce l'azione del P.M. nel limite del danno eventualmente residuo a seguito dell'esecuzione della stessa(si vedano ad es. sez. III centrale n. 196 del 2002 e sez. I centrale n. 298 del 2005).

[2] Recenti pronunce della sezione giurisdizionale campana della Corte dei conti (sentenze nn. 2512-2513-2514-2515 del 3 ottobre 2007) hanno ammesso l'intervento adesivo autonomo dell'amministrazione alla posizione processuale degli agenti contabili, se la prima si limita a negare il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, volendo, così, tutelare la propria autonoma sfera di competenza.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

contabile, nel senso che, a fronte di fattispecie rientranti nell'alveo di quest'ultima, non potrebbe ritenersi ammissibile la possibilità di una concorrente giurisdizione.

La suddetta giurisprudenza sembra avallata da alcune pronunce delle sezioni unite della Suprema Corte[1].

Non bisogna, però, dimenticare che la stessa Corte di legittimità ammette deroghe a tale principio, nel riconoscere all'amministrazione pubblica la possibilità di tutelare il suo diritto al risarcimento attraverso la costituzione di parte civile, in sede penale, nel caso di danni conseguenti a reati commessi da propri funzionari[2].

Allo stesso modo, la sussistenza della giurisdizione contabile, in caso di danni causati da amministratori a società a partecipazione pubblica[3] non sembra impedire, allo stato dell'ordinamento, l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli stessi, da far valere presso il giudice ordinario, ovviamente, nei limiti del rispetto del principio del *ne bis in idem*[4].

In dottrina sono stati espressi dubbi circa la conformità agli articoli 24 e 111 della Costituzione della sottrazione all'amministrazione danneggiata del diritto di agire presso il giudice ordinario(o, almeno, di intervenire autonomamente nel giudizio presso il giudice contabile) nei casi che potrebbero, in astratto, concretizzare fattispecie di responsabilità amministrativa. Ciò per i limiti che si porrebbero per soggetti dell'ordinamento riguardo alla tutela giurisdizionale[5].

Nel caso in cui si volesse ritenere legittimata l'amministrazione danneggia-

---

[1] Si vedano le decisioni sez. un. civ. n. 933 del 1999, n. 179 del 2001 e n. 98 del 2000, ribadite, da ultimo, con l'ordinanza n. 22059 del 2007, che nell'affermare la possibilità del giudice contabile di conoscere di azioni revocatorie, sembra voler dare una copertura costituzionale, ex art. 103, secondo comma, della Carta fondamentale, al principio dell'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti in materia, attraverso una rivalutazione della visione di quest'ultima quale giudice naturale in materia di contabilità pubblica.

[2] Si veda in merito Cass. sez. un. n. 20476 del 2005 che partendo dal presupposto del carattere solo tendenzialmente generale della giurisdizione contabile ha ritenuto l'ammissibilità di espresse deroghe legislative, come nella materia del risarcimento danni, anche non patrimoniali, da reato, che rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario, ponendosi gli artt. 74 ss. c.p.p. in rapporto di specie a genere rispetto alla disciplina della responsabilità amministrativa. Com'è noto, l'esercizio del diritto in discorso, da parte della P.A., non incide sulla sussistenza della giurisdizione contabile, sulla stessa fattispecie dannosa, sebbene, eventualmente, sull'interesse concreto del P.M. ad agire (si vedano ad es. Corte cost. sent. n. 773 del 1988; Cass. sez. un. ord. n. 4957 del 17/2/2005; Corte dei *conti* sez. Lombardia sent. n. 22 del 2005; sez. II centrale sent. n. 215 del 2004 e sez. I sent. n. 74 del 2004).

[3] Cass. sez. civ. ord. n. 19667 del 2003 e sent. n. 3899 del 2004.

[4] Si veda sez. Lombardia ord. n. 32 del 2005.

[5] Si vedano A. CORPACI, Il principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa: l'attribuzione del potere di azione al pubblico ministero presso la Corte dei conti ed A. PAJNO, Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa?, relazioni al 51° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005. Gli autori sottolineano, altresì, come una concorrenza di tutele giurisdizionali, tenderebbe a massimizzare l'interesse al ristoro dei danni subiti dalle amministrazioni.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ta a proseguire il giudizio presso il giudice ordinario, quest'ultima riacquisterebbe quella potestà di agire(che non aveva presso il giudice contabile)al fine di far valere un diritto sostanziale per la cui tutela il P.M. era un sostituto processuale.

L'altra possibilità è riconoscere una legittimazione ad agire in riassunzione in capo al P.M. presso il giudice contabile.

In tal caso, si pone il problema della veste in cui agirebbe il Requirente, che implica un rapido esame del ruolo che quest'ultimo svolge nel giudizio di responsabilità amministrativa.

Com'è noto, si afferma, tradizionalmente, che, nelle ipotesi di responsabilità amministrativa, il titolare del diritto sostanziale leso è l'amministrazione danneggiata, mentre al P.M. presso il giudice contabile fa capo l'esercizio del diritto di azione.

Tale posizione è influenzata dalla nota tesi che vede il P.M. agente, nel processo civile, quale parte in senso formale, in quanto estraneo alla situazione sostanziale dedotta in giudizio e portatore dell'interesse generale al rispetto dell'ordinamento giuridico.

Il collegamento con la tutela di interessi pubblici e la consolidata affermazione del carattere obbligatorio ed indisponibile dell'azione di cui è titolare, hanno fatto evidenziare i punti di contatto rispetto all'analogo Requirente operante presso il giudice penale.

Però, una perfetta sovrapponibilità della figura del P.M. presso il giudice contabile rispetto a quella dell'analogo Organo che agisce presso il giudice civile o penale potrebbe non essere scontata.

In primo luogo, se in materia civile, il P.M., pur agendo sempre nell'interesse della legge, è completamente estraneo ai diritti che può dedurre in giudizio[1], ciò non sembra valere, completamente, per il P.M. presso il giudice contabile.

In disparte ogni considerazione sulla natura degli interessi tutelati, la figura del P.M. presso la Corte dei conti sembra diversa anche da quella del P.M. penale soprattutto per il fatto che quest'ultimo agisce in un processo in cui il giudice ha solo l'obbligo della correlazione fra imputazione e decisione per

[1] Tale considerazione sembra suffragata anche dalla circostanza che, nella maggior parte dei casi, la sua legittimazione ad agire è concorrente o sussidiaria rispetto a quella di altri soggetti. SATTA ("del Pubblico Ministero" in Commentario al codice di procedura civile, I, pagg. 236 e segg., Milano 1966) ritiene che l'azione civile del P.M. riguarda "casi in cui o l'ordinamento non riesce a realizzarsi nel soggetto o il soggetto non riesce a realizzare l'ordinamento" ovvero casi "in cui l'azione del p.m. esprime il limite che l'ordinamento pone alla libera esplicazione della volontà del soggetto". Il riferimento è sempre ad interessi di altri soggetti, reali o potenziali, pur essendo la previsione dell'azione pubblica giustificata dalla particolare rilevanza di tali interessi.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

quanto concerne il fatto(art.li 521 e 597 c.p.p.), mentre costituisce oramai posizione consolidata della giurisprudenza contabile il riconoscimento dell'insussistenza di poteri c.d. sindacatori del giudice contabile tali da incidere sui principi della domanda e della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato.

La valorizzazione della diversa natura dell'interesse tutelato dal P.M., presso il giudice contabile, rispetto a quello dell'amministrazione danneggiata, la finalità non esclusivamente risarcitoria della responsabilità fatta valere dal Requirente[1], l'autonomia di quest'ultimo, anche nei confronti dell'amministrazione danneggiata, nel determinare, in modo motivato (nell'àmbito della speciale disciplina sostanziale della responsabilità amministrativa) l'*an*, il *quantum* del danno ed i soggetti eventualmente responsabili, la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di costituire in mora con l'invito a dedurre il presunto responsabile, il potere di esercitare tutte le azioni poste a tutela del creditore dalla procedura civile[2], sembrano spingere verso una visione dell'Organo requirente presso il giudice contabile come titolare non solo di poteri processuali.

In definitiva, volendo ritenere il P.M. presso il giudice contabile abilitato a proseguire l'azione presso il giudice ordinario, lo stesso, in tal caso, farebbe valere il suo ruolo di parte che ha attivato un processo, attraverso l'uso dei poteri che, come detto, l'ordinamento gli concede, acquisendo, conseguentemente, la titolarità anche di diritti come quello in discussione. Andrebbe, perciò, a tal fine, rimarcata la funzione del P.M. nella concreta dinamica processuale, quale soggetto che si muove per la realizzazione dello specifico interesse dedotto in giudizio.

In tal modo, il Requirente verrebbe ad assumere la stessa veste di quando agisce o resiste, con ricorso o controricorso per motivi di giurisdizione, innanzi alla Suprema Corte (dove, com'è noto, conclude, autonomamente, il diverso P.M. presso la stessa). Tutto ciò coerentemente con la generale tendenza legislativa che, sulla scorta di principi costituzionali, concentra sul P.M. il ruolo di organo di richiesta e di azione[3].

Non sembra vi sia, poi, una preclusione, a livello di principi costituzionali, ad ammettere la legittimazione in discorso in capo al P.M. presso il giudice contabile, tanto più che non sono mancati nel recente passato tentativi legisla-

[1] Circostanza che sembra, implicitamente, avallata da Corte Costituzionale ord. n. 392 e sent. n. 183 del 2007.

[2] Oltre all'utilizzo dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dal codice civile, così come stabilito dall'art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005.

[3] Si vedano in argomento Corte Cost. sent.ze n. 419 del 1994 e 420 del 1995.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tivi, poi non realizzati, di legittimare il P.M. contabile ad impugnare, presso il giudice amministrativo, atti amministrativi illegittimi.

Tale possibilità sembra trovare un ulteriore conforto nel fatto che il Requirente presso il giudice contabile, così come prevede l'art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005 ha, come accennato, la disponibilità di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore, compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dal codice civile[1].

Sulla base della suddetta norma, dovrebbe ammettersi il potere del P.M. di esercitare, ex art. 2900 c.c., i diritti e le azioni verso terzi, in surrogazione del presunto responsabile, al fine di conservazione della garanzia patrimoniale. Le suddette azioni andrebbero esercitate dal P.M., in sostituzione del presunto responsabile, presso i giudici forniti di giurisdizione, in base alla natura e finalità delle stesse.

Infine, rimane aperta la questione del riconoscimento, sulla base della suddetta normativa, dell'esercizio dell'azione esecutiva da parte del P.M. innanzi al giudice ordinario(o allo stesso giudice contabile), che completerebbe il sistema delle garanzie degli interessi di cui il Requirente si fa portatore, attraverso una maggiore effettività nel concreto soddisfacimento dei crediti erariali derivati da accertate responsabilità amministrative[2].

Nell'ipotesi di cui si discute viene in evidenza l'ulteriore problema, una volta denegata la giurisdizione del giudice contabile, della normativa sostanziale applicabile alla fattispecie da parte del giudice ordinario.

Pur essendo la questione particolarmente problematica, non potrebbe escludersi, a priori, un'applicazione da parte del giudice civile, innanzi al quale è stato riassunto il giudizio, della disciplina relativa alla responsabilità amministrativa, dal momento che il P.M. ha, inizialmente, formulato la domanda applicando la suddetta normativa e che la stessa concerne, comunque, un danno subito da una pubblica amministrazione o ente equiparato da parte di un soggetto che agisce per il perseguimento di un interesse proprio degli stessi.

2) La seconda ipotesi è quella che la Suprema Corte o il giudice ordinario, a seguito di giudizio instaurato presso quest'ultimo, ritengano sussistente la giurisdizione del giudice contabile. In tal caso, si pongono, evidentemente, minori problemi applicativi, in quanto il giudizio andrebbe proseguito presso il giudice contabile ad opera del P.M. presso quest'ultimo, con la pacifica applicazione della normativa sulla responsabilità amministrativa. L'elemento di

[1] In proposito, la Suprema Corte ha già riconosciuto la sussistenza della giurisdizione contabile sull'esercizio di un'azione revocatoria da parte del P.M.(Cass. sez. un. ord. n. 22059 del 2007).

[2] Si ricorda, in proposito, che l'espressa finalità della previsione di cui all'art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005 è stata proprio quella di "realizzare un'efficace tutela dei crediti erariali".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

novità della disciplina della fattispecie sarebbe, ovviamente, la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda come originariamente proposta.

Una volta ipotizzata la possibilità dell'applicazione del principio in discorso anche a seguito di pronunce che attengono all'àmbito di giurisdizione del giudice contabile, si pone la necessità, indicata dalla Consulta, che il giudice individui in via interpretativa la disciplina della riassunzione, in attesa di futuri organici interventi del legislatore.

Tale individuazione per quanto riguarda i casi che coinvolgono la giurisdizione contabile non sembra comportare particolari difficoltà ermeneutiche.

Infatti, nelle ipotesi in cui la Cassazione abbia ritenuto, decidendo su ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione a seguito di un giudizio instaurato presso il giudice ordinario, competente il giudice contabile, il rinvio operato dall'art. 26 del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti al codice di procedura civile, consente l'applicazione dell'art. 392 c.p.c. che prevede la riassunzione della causa sotto forma di citazione entro un anno dalla pubblicazione della sentenza. Nel caso, poi, di decisione della Cassazione, a seguito di regolamento di giurisdizione, dovrebbe tenersi conto per la riassunzione del termine semestrale dalla comunicazione della sentenza sul regolamento, di cui all'art. 367, II co, c.p.c..

Tali norme dovrebbero ritenersi applicabili anche nelle ipotesi in cui la Corte regolatrice, attivata a seguito di un giudizio instaurato presso il giudice contabile, affermi la giurisdizione del giudice ordinario.

Nel caso, infine, in cui il difetto di giurisdizione sia affermato dal giudice del merito, potrebbe venire in rilievo, in via analogica, il suddetto art. 367 II co, del c.p.c., con obbligo di riassunzione entro sei mesi dalla comunicazione o notificazione della sentenza del giudice.

4 - Applicazione del principio relativamente ad altre materie rientranti nella giurisdizione del giudice contabile - Il principio in discorso sembra suscettibile di un'applicazione meno problematica nella materia pensionistica di cui conosce il giudice contabile, in quanto:

a seguito dell'abrogazione delle norme che prevedevano l'intervento del P.M. le parti del giudizio sono solo l'amministrazione ed il soggetto richiedente l'accertamento del diritto ad una determinata prestazione previdenziale scaturente da un pregresso rapporto di pubblico impiego;

si tratta di un giudizio sulla definizione di un rapporto tra un privato ed una pubblica amministrazione non diverso da quello che può venire in discussione presso altre giurisdizioni;

anche in tale materia possono venire in evidenza questioni problematiche e che potrebbero coinvolgere non solo i confini fra la giurisdizione del giudice

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

contabile e quella del giudice ordinario, come nel caso della responsabilità amministrativa, ma anche quelli fra il primo ed il giudice amministrativo. Si pensi, ad es., ai dubbi sui poteri di delibazione del giudice contabile sugli atti strettamente presupposti al trattamento di quiescenza, ai confini soggettivi della giurisdizione pensionistica del giudice contabile, nei confronti degli ex dipendenti di enti pubblici trasformati in società per azioni.

Conseguentemente, anche nella materia in discorso, possono venire in rilievo decadenze o prescrizioni che vanno sanate con il meccanismo della *translatio*.

Allo stesso modo, relativamente ai c.d. giudizi ad istanza di parte rientranti nella cognizione del giudice contabile(ad es controversie esattoriali in materia di aggio o rimborso di quote inesigibili)non dovrebbero sussistere ostacoli all'applicazione del principio, in quanto, anche in tali casi, l'azione non è introdotta dal P.M. e concerne l'accertamento di un ordinario rapporto di debito-credito fra un privato ed un'amministrazione pubblica, che dovrebbero ritenersi, entrambi, abilitati a proseguire il giudizio presso il giudice fornito di giurisdizione.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Considerazioni in tema di danno erariale e di criteri della sua determinazione

di Massimo Di Stefano*

Premessa - Il danno erariale è una specie del *damnum iniuria datum*, cioè del danno prodotto da un fatto antigiuridico, rispetto al quale si caratteristica per essere un danno pubblico, che s'identifica, in ultima analisi, nella lesione di un interesse della collettività[1].

Normalmente i tratti distintivi della figura del danno erariale si ravvisano nella natura pubblica del soggetto danneggiato (Stato, ente pubblico, società a partecipazione pubblica), ovvero nella riferibilità del danno alla finanza pubblica, e nella limitazione dell'ambito soggettivo dalla figura dell'agente responsabile, che deve essere legato con lo Stato o con l'ente pubblico da un "rapporto di servizio, nozione che in progresso di tempo ha assunto in giurisprudenza un significato sempre più estensivo.

In seguito alla svolta giurisprudenziale che ha avuto luogo con l'ordinanza della Cassazione, Sezioni Unite n. 19667/2003, la giurisdizione contabile si è estesa agli amministratori o dipendenti di enti pubblici economici (anche in relazione alla loro attività di diritto privato) e più di recente anche ai dipendenti o amministratori di aziende municipalizzate e di società con capitale pubblico e, infine, ai soggetti privati beneficiari di finanziamenti pubblici, per l'uso degli stessi non conforme al programma del loro impiego[2], mentre non assume più rilievo la peculiarità delle norme (privatistiche o pubblicistiche) che regolano l'attività dell'agente e dell'ente[3].

---

* Vice Procuratore generale – Procura regionale del Lazio

[1] Il *damnum iniuria datum* è solo una delle figure di danno aventi rilievo giuridico. E' noto infatti che l'ordinamento prende in considerazione anche danni non antigiuridici ai quali consegue l'obbligo di un indennizzo. Vari esempi si rinvengono nel codice civile e nella legislazione: il più importante è costituito dalla fattispecie dell'arricchimento senza causa, che ha come presupposto l'assenza di una giusta causa dell'arricchimento di un soggetto in danno di un altro.

[2] L'art. 1, comma 4 della l. 14 gennaio 1994, n. 20 a norma del quale la corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza (per i fatti posteriori alla data di entrata in vigore delle stessa legge 20/1994) non ha fatto venir meno il presupposto del c.d. rapporto di servizio, ma implica soltanto una più ampia nozione di questa figura. vi si comprende il rapporto del pubblico dipendente o amministratore con le amministrazioni pubbliche con le quali la sua attività entra in contatto e che determinano il sorgere di doveri di protezione d'interessi erariali. la stessa corte di cassazione (che pure in qualche occasione aveva ravvisato in questa norma un'eccezione per la quale il pubblico amministratore o dipendente risponde a titolo di responsabilità aquiliana) pare di fatto aver accolto l'anzidetta impostazione, riconoscendo, nella sua più recente giurisprudenza, che la norma sul danno ad ente diverso implica, in sostanza, a maggior ragione, che la giurisdizione contabile si configura anche nei confronti di amministratori o dipendenti di soggetti giuridici non formalmente pubblici, in caso di violazione di doveri di protezione e di cura d'interessi erariali connessi a un'attività di gestione di risorse pubbliche.

[3] Sull'ampliamento, ad opera della più recente giurisprudenza, del novero dei soggetti che possono subi-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

A parte questi tratti distintivi, per il resto i caratteri fondamentali della figura del *damnum iniuria datum* sono gli stessi in tema di responsabilità amministrativa e nella teoria generale della responsabilità civile. Le peculiarità riguardano non la nozione di danno in se stessa ma alcuni aspetti ad essa estrinseci, come i criteri di determinazione dell'addebito (ad es. ripartizione e non solidarietà in caso di responsabilità concorrente) e il rilievo che a tal fine assumono situazioni personali relative al soggetto responsabile, le quali possono dar luogo all'esercizio del c.d. potere di riduzione da parte del collegio giudicante.

Pure per quanto attiene alle questioni più generali riguardanti la determinazione del contenuto del danno e i limiti della sua risarcibilità, valgono in linea di massima i principi elaborati nella materia della responsabilità civile. Problemi particolari si presentano tuttavia nella responsabilità amministrativa, non tanto e non solo per il frequente ricorrere di alcune tipologie di danni non sempre facilmente quantificabili in termini pecuniari, come il danno all'immagine della pubblica amministrazione e il cosiddetto danno da disservizio (atteso che analoghe fattispecie ben possono ipotizzarsi anche in ambito civilistico) quanto, soprattutto, per il rilievo che va dato nella responsabilità amministrativa alla lesione d'interessi non direttamente riferibili al patrimonio dell'ente pubblico in quanto tale, ma piuttosto agli interessi della collettività. Si consideri, del resto, che la stessa nozione civilistica di danno tradizionalmente recepita s'identifica nella lesione di un interesse piuttosto che di un bene, mentre in tema di danno erariale l'interesse leso riguarda sempre, senza alcun dubbio, la collettività[1].

Questa concezione del danno erariale risulta chiaramente recepita anche nel diritto positivo, che riconosce la giurisdizione contabile in casi che si configurano in modo evidente come lesione d'interessi giuridicamente protetti della collettività, anche laddove non ricorre una perdita patrimoniale in senso stretto o in senso tradizionale. Emblematica è la fattispecie del danno ambientale cagionato da soggetti legati da rapporto di servizio con lo Stato o con enti pubblici, che come si desume dall'art. 313, comma 6, del d. lg. 3 aprile 2006, n. 252 (norme in materia ambientale) è ora da ritenersi sottoposta alla giurisdizione contabile, diversamente dal precedente indirizzo legislativo e giurisprudenziale. Ma l'evidenza più chiara che la nozione di danno erariale rece-

---

re danno erariale conoscibile dalla giurisdizione contabile, cfr. G. PATTI, *La giurisdizione della Corte dei conti in caso di danni subiti dalla RAI* in *Rivista della Corte dei conti*, Marzo-Aprile 2007.

[1] Sul danno erariale come danno alla collettività vd. il recente scritto di P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in Rivista della Corte dei conti, Gennaio – Febbraio 2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pita dal legislatore comprende la lesione di un interesse della collettività si ricava proprio dalle norme generali sulla responsabilità amministrativa e in particolare dal criterio legale di determinazione del danno erariale previsto dall'art. 1, comma 1 bis della l. n. 20/1994 introdotto dal d.l. 543/1996 come convertito nella l. n. 639/1996. Com'è noto, questa norma dispone che nel giudizio di responsabilità si deve tener conto dei vantaggi comunque conseguiti (dall'amministrazione o) dalla comunità amministrata. La giurisprudenza contabile ha bene colto il senso profondo di questa disposizione, mettendo in evidenza che essa non tanto e non solo rappresenta l'enunciazione del principio della *compensatio lucri cum damno,* ma vuole indicare un "nuovo" (ma in realtà niente affatto nuovo) criterio di valutazione del danno, che tenga conto dei risultati complessivi di una determinata vicenda amministrativa, con riguardo all'interesse pubblico perseguito dall'agente. Letta in questo senso la disposizione racchiude un duplice significato, uno esplicito, risultante dalla sua letterale formulazione, e uno implicito, necessariamente presupposto, che cioè lo "svantaggio" della collettività amministrata (beninteso allorché si concreti nella lesione di un interesse pubblico giuridicamente protetto) configura danno erariale.

Determinazione del contenuto del danno e limiti della sua risarcibilità - Il problema della determinazione del contenuto del danno si riconduce, essenzialmente, a quello del rapporto di causalità. Si deve cioè stabilire in che misura il danno può dirsi causato da un fatto umano munito degli attributi richiesti dalla legge ai fini della responsabilità.

Com'è noto gli studiosi del diritto hanno sentito l'esigenza di elaborare autonomamente una teoria dal rapporto di causalità. A questo argomento è dedicata anche una disciplina normativa, dettagliata ed esaustiva in diritto penale (art. 41 e 42 del codice penale) e invece molto stringata in campo civilistico. L'articolo 1223 del codice civile, riproducendo sostanzialmente una disposizione del precedente codice del 1865, a sua volta mutuata dal *code Napoleon*, dispone che il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Questa norma va letta tenendo presente che nella nostra tradizione giuridica si è normalmente ritenuto necessario l'attributo della regolarità ai fini della sussistenza del nesso causale. Un danno può dirsi causato da un fatto antecedente quando ne costituisce l'ordinario sviluppo causale, non quando si tratta di una conseguenza anomala, determinata dal concorso di eventi eccezionali. Il criterio della regolarità causale, detto anche criterio della causalità adeguata, appare accolto nelle legislazioni moderne proprio mediante la formula

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

"conseguenze immediate e dirette", che, secondo una classica dottrina[1], non va intesa alla lettera, ma come espressiva di un criterio di moderazione per il quale esulano dal rapporto di causalità quegli eventi legati al fatto dannoso da un nesso troppo labile e indiretto. Questa teoria è accolta in giurisprudenza, che in sostanza applica un criterio misto: "*conditio sine qua non*" per le conseguenze immediate e dirette e regolarità causale per quelle mediate e indirette[2]. Si afferma infatti che la risarcibilità deve essere estesa ai danni mediati ed indiretti, purché costituiscano effetti normali del fatto illecito, secondo il criterio, appunto, della regolarità causale[3]. Così, ad esempio, il danno esistenziale per la privazione o lesione della relazione affettiva e familiare, per la morte o grave menomazione permanente di un prossimo congiunto, si considera come un ordinario e prevedibile sviluppo causale dell'evento[4].

Stabilito il nesso di causalità, può assumere rilievo, ai fini della diminuzione del danno risarcibile, l'eventuale concorso colposo del danneggiato, in presenza del quale il risarcimento va diminuito in ragione della sua rilevanza causale, mentre vanno esclusi del tutto dal risarcimento i pregiudizi patrimoniali che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 del c. c.).

La diminuzione del risarcimento per il concorso colposo del danneggiato (nel caso della responsabilità amministrativa l'ente pubblico danneggiato), e per le conseguenze pregiudizievoli che egli avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, può bene trovare applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa, allorché alla produzione del danno erariale concorrano situazioni preesistenti e disfunzioni riferibili in generale all'apparato organizzativo dell'amministrazione, non sempre riconducibili a specifici ed individuabili comportamenti caratterizzati dagli estremi della responsabilità amministrativa (colpa grave o dolo di agenti determinati). E' noto che quella descritta è una delle circostanze che danno luogo all'esercizio del cosiddetto potere di riduzione dell'addebito.

La risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito civilistico e il danno all'immagine della pubblica amministrazione - Il problema dei limiti del danno risarcibile riguarda anche, com'è evidente, la questione della risar-

1 A. DE CUPIS, *Il danno – teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1979, pagg. 300 e segg.

2 Il criterio della regolarità causale, come ricorda il DE CUPIS, si ritrova in un passo di Paolo (Dig. L. 21 3 D. 19, 1) laddove viene escluso il risarcimento del danno consistente nella morte per fame dello schiavo a causa della mancata consegna di una partita di grano.

3 Cass., n. 89/62; n. 373/71; n. 6676/92; n. 1907/93; n. 2356/00; n. 5913/00

4 Cass S.U., n. 9556/02, in tema di danno morale soggettivo sofferto dai congiunti della vittima di lesioni non mortali, che conferma le argomentazioni della sent. n. 4186/98.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cibilità del danno non patrimoniale. Nel danno risarcibile si ascrive tradizionalmente il danno patrimoniale, cioè l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli, sul piano economico, dell'atto illecito: sono queste le componenti indicate dall'articolo 1223 del codice civile, che stabilisce che il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita (il cosiddetto danno emergente) sia il mancato guadagno (il cosiddetto lucro cessante).

L'articolo 2059 del codice civile, com'è noto, stabilisce che il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Il più cospicuo di questi casi era rappresentato in passato dall'ipotesi di cui all'articolo 185 del codice penale: fatto dannoso che concreta nel contempo una fattispecie di reato. Una parte della dottrina aggiungeva anche i casi di lesione del diritto al nome e del diritto all'immagine (artt. 7 e 10 c.c.)[1], mentre la legislazione più recente ha introdotto diversi casi di risarcibilità del danno morale in tema di: 1) danno morale cagionato dall'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (l. n 675/1996, il cui contenuto è confluito nel "Codice della privacy" adottato con d. lgs. n. 196/2003); 2) violazione del principio della ragionevole durata del processo (art. 2 della l. n. 89/2001); 3) discriminazione in materia di occupazione e lavoro (art. 4, commi 5 e 6 del d.lgs. n. 216/2003); 4) violazione del principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (l. n.67/2006); 5) tutela delle persone disabili vittime di discriminazioni (d. lgs. n. 198/2006 (codice delle pari opportunità).

Ma l'ampliamento più significativo della tutela risarcitoria nei riguardi del danno non patrimoniale si è avuto, com'è noto, in via giurisprudenziale. Il limite della patrimonialità del danno risarcibile, inserito espressamente nell'art. 2059 del codice civile del 1942 (mentre non lo era in quello del 1865) affondava le sue radici nella tradizione più antica del diritto privato[2], nel solco della quale, per lungo tempo, si è limitata la tutela risarcitoria dei danni alla persona solamente al cosiddetto danno patrimoniale indiretto, cioè alle sole con-

---

[1] BONILINI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, citato da TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007. Va inoltre ricordato che la Cassazione civile, sez. I, con sentenza 22 giugno 1985, n. 3769 ha ritenuto tutelabile sia in via inibitoria sia in via risarcitoria, in analogia con la tutela del diritto al nome, il bene dell'identità personale, inteso come immagine sociale, cioè come coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi,professionali etc.) rilevanti nella rappresentazione della persona nella vita di relazione, anche indipendentemente dalla lesione dell'onore.

[2] A proposito del danno causato alla persona da oggetti o rifiuti gettati dalle abitazioni di un edificio (fenomeno frequente nell'antica Roma), Ulpiano (Dig., IX, 3, 5, 7) afferma che il giudice dovrà accordare alla vittima, oltre il rimborso degli onorari del medico e delle altre spese sopportate fino alla guarigione, l'ammontare dei salari di cui sarà rimasto privo per l'inabilità, mentre per le cicatrici e lo sfregio non si farà valutazione alcuna, perché il corpo dell'uomo libero non ha prezzo. Vd. J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, traduzione di Eva Omodeo Zona, Roma-Bari, 1999.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

seguenze di carattere patrimoniale della lesione dei diritti della persona (perdita del reddito, perdita dell'assistenza economica etc.). Più di recente la dottrina e la giurisprudenza hanno in vario modo cercato di superare gli angusti limiti della risarcibilità del danno non patrimoniale posti dalla lettera dall'articolo 2059. E ciò è avvenuto o mediante l'ampliamento dello stesso concetto di patrimonialità del danno, considerandolo riferibile alla lesione di un bene come la salute protetto da una norma costituzionale (art. 32) e perciò tutelabile a norma dell'art. 2043 c.c., o, secondo la concezione che più di recente ha prevalso nella giurisprudenza, mediante l'individuazione di un *tertium genus* di danno, quello alla persona, non inquadrabile nè nella nazione di danno patrimoniale, nè in quella di danno morale soggettivo.

Così, dopo il riconoscimento della tutela risarcitoria al danno biologico (Cass. sentenza n. 3675/81), da intendere non ristretto alla mera integrità fisica (e psichica), ma esteso anche al benessere sociale (come ritenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/86) la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 ha portato in seguito la giurisprudenza a ricondurre alla previsione di questa norma i danni alla persona, considerati risarcibili, anche al di fuori dei casi di cui all'art. 185 c.p., in quanto tutelati da norme costituzionali: oltre all'art. 32, che tutela il diritto alla salute, si fa richiamo all'art. 2 della Costituzione e, per quanto attiene al c.d. danno esistenziale derivate dalla morte o da gravi lesioni di un congiunto, agli artt. 29 e 30 della Costituzione (Cass. Sez. III n. 8827/2003). In sostanza si considera risarcibile, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata del cit. art. 2059 c.c., ogni danno, ancorché non di carattere patrimoniale (ma economicamente valutabile, in via equitativa, in base a parametri elaborati dalla giurisprudenza) che consista nella lesione di interessi costituzionalmente protetti, specialmente in tema di diritti della persona. (Corte Cost. 233/2003, Cass. n. 8827 e 8828/2003).

Nella giurisdizione contabile si è posto il problema della risarcibilità del danno all'immagine, intendendosi, con tale espressione, il pregiudizio arrecato da comportamenti illeciti di pubblici amministratori o funzionari alla buona reputazione della pubblica amministrazione e alla sua immagine pubblica. La Corte di Cassazione, riconoscendo in più occasioni, a partire da una sentenza del 1997, l'appartenenza alla speciale giurisdizione della Corte dei conti della cognizione delle controversie riguardanti il risarcimento di tale danno, ha escluso che esso s'identifichi con il danno morale soggettivo. La Corte regolatrice ha invece inteso il danno all'immagine della pubblica amministrazione come danno patrimoniale conseguenza, per le spese necessarie al ripristino del bene leso (Cass. Civ., sez. un., n. 5668/1997 e n. 744/1999). La giurisprudenza contabile, dal canto suo, ammette l'esistenza di un danno all'immagine

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

risarcibile ogni qual volta possa ritenersi che esso si sia tradotto, in buona sostanza, in una perdita di fiducia dei cittadini nella pubblica amministrazione, con conseguente lesione dell'interesse pubblico del buon andamento tutelato dall'art. 97 della Cost.. In ciò la giurisprudenza contabile ha fatto ricorso a presupposti teorici e a un percorso argomentativo analoghi a quelli che in diritto civile, come si è accennato sopra, hanno portato a riconoscere la risarcibilità di danni alla persona non aventi carattere strettamente patrimoniale. Tuttavia, diversamente da quanto si è talvolta affermato nelle sentenze della magistratura contabile, il danno all'immagine resta pur sempre, come del resto il danno esistenziale di elaborazione civilistica, un danno conseguenza e non un danno evento. In presenza, ad esempio, di reati contro la pubblica amministrazione sistematici e continuati nel tempo, il danno all'immagine può concretarsi nella disincentivazione delle attività economiche in danno della collettività amministrata, come nel caso di una serie continua di fatti di concussione e di corruzione posti in essere da funzionari comunali nell'attività di rilascio delle concessioni edilizie, con disincentivo dell'attività edilizia e conseguente danno al tessuto economico sociale e alla collettività, in contrasto con le finalità di promozione dello sviluppo economico proprie degli enti locali (cfr. sez. II app. 13 aprile 2000 n. 134). Allo stesso modo si ravvisa un pregiudizio patrimoniale indiretto nella diminuzione delle entrate patrimoniali di un ente pubblico cagionata dal venir meno della fiducia della collettività verso di esso, come nel caso di fatti delittuosi attribuiti agli amministratori di un'istituzione benefica, con riflessi patrimoniali negativi dovuti alla perdita di fiducia verso la stessa istituzione destinataria, in passato, di numerosi lasciti e donazioni (sez. Lombardia, 7 ottobre 1999 n. 986/99/EL). Alla stessa conclusione, cioè che il danno va considerato come danno conseguenza, sembra si debba pervenire anche allorché la percezione di tangenti da parte di agenti dell'amministrazione finanziaria, specialmente se correlate all'effettuazione di verifiche fiscali, comporti, secondo nozioni di comune esperienza, il formarsi di danni ingenti in pregiudizio dell'amministrazione finanziaria, per la lesione dei beni immateriali della reputazione e della pubblica estimazione dell'amministrazione stessa, lesione che la giurisprudenza contabile ha ritenuto si configuri pur in assenza di prova quanto all'effettuazione di spese per l'adozione di misure riparative o riorganizzative dell'immagine dei servizi coinvolti negli illeciti (C. conti, Sez. I d'Appello 9 aprile 2002 n. 109). In buona sostanza il danno all'immagine, o per meglio dire la conseguenza dannosa della lesione dell'immagine della pubblica amministrazione, si può ritenere esistente in base alla semplice presunzione secondo la quale la lesione dell'immagine della pubblica amministrazione comporta per se stessa conseguenze dannose alla vita dell'ente ed ai suoi rapporti con i cittadini (trattando-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

si di conseguenze ordinarie e prevedibili di comportamenti dannosi di una certa gravità), riflettendosi sul bene del buon andamento tutelato dall'art. 97 Cost., onde la possibilità di quantificare il danno stesso, una volta che si ritenga esso sussistente nell'*an*, in una misura che può essere determinata dal giudice in via equitativa, peraltro tenendo conto di criteri attinenti alla posizione dell'agente nell'ambito dell'ente pubblico danneggiato, alla gravità dell'illecito, al risalto datone dai mass-media e così via.

Il danno erariale come lesione di interessi della collettività - Esiste tradizionalmente un duplice criterio onde può misurarsi il danno risarcibile: obiettivo e subiettivo. Il danno può essere misurato in base al valore oggettivo del bene, oppure in base al valore del bene nello specifico riguardo del soggetto danneggiato [1].

Originariamente il criterio di quantificazione del danno ha fatto riferimento al bene, ma, nell'evoluzione storica ha acquistato sempre maggiore preminenza la considerazione dell'interesse, ossia dell'utilità del bene danneggiano riguardata dal punto di vista del soggetto danneggiato[2].

La teoria del danno come lesione non tanto del bene ma dell'interesse giuridicamente protetto è degna di particolare attenzione per gli indubbi riflessi che essa presenta proprio nella materia della responsabilità per danno erariale, laddove vengono spesso in rilievo lesioni non tanto di interessi riferiti all'ente pubblico inteso soggettivamente e come titolare di un patrimonio, ma anche e soprattutto lesioni di interessi della collettività amministrata. Anzi, in molti casi quello dell'interesse o dell'utilità lesa finisce con l'essere l'unico criterio logicamente utilizzabile di quantificazione del danno. Questo accade allorché il fatto dannoso viene ad incidere proprio sull'utilità che un bene è destinato ad arrecare alla collettività amministrata. Si pensi alle ricorrenti fattispecie dannose relative alle opere pubbliche incompiute o semplicemente inutilizzate o alla mancata utilizzazione di costosi macchinari o all'utilizzazione di finanziamenti pubblici per scopi deviati rispetti all'interesse pubblico, laddove il danno non s'identifica soltanto con la perdita finanziaria (danno emergente) ma consiste pure nella mancata realizzazione di quell'utilità cui era finalizzata la risorsa.

L'inutilizzazione del bene rispetto alla finalità per cui era stato acquistato o realizzato determina un danno pari alla spesa sostenuta. In questo caso si tratta della lesione di un interesse negativo che colpisce direttamente l'ente

[1] A. DE CUPIS, *Il Danno – Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1979, 330 e segg.
[2] A. De CUPIS, *op. cit.*, 330 e segg.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pubblico, che aveva interesse a non disperdere inutilmente attività e risorse finanziarie. Ma se la fattispecie di danno erariale riguarda la mera inutilizzazione temporanea del bene destinato ad un'utilità pubblica, il criterio di quantificazione del danno non potrà che riferirsi al rapporto tra quel bene e i bisogni che esso era destinato a soddisfare, e quindi, in definitiva, alla perdita d'utilità conseguente al mancato impiego del bene in conformità alla destinazione d'interesse pubblico dalla quale è stato distolto. Il problema della quantificazione del danno erariale diviene allora quello di attribuire una valore economico a questa perdita d'utilità. Nel campo civilistico, nelle fattispecie assimilabili, è conosciuto e frequentemente utilizzato il criterio del costo di sostituzione, che, quando ne ricorre il caso, può ovviamente essere impiegato anche in tema di danno erariale. Nell'esempio della mancata utilizzazione di un bene del patrimonio di un ente pubblico la quantificazione del danno potrebbe essere ragguagliata alle spese erariali necessarie per poter disporre di un bene sostitutivo: es. il canone di un immobile preso in locazione in sostituzione del bene di proprietà pubblica temporaneamente inutilizzato. Si tratta di un caso molto semplice di danno emergente, per una perdita di danaro che l'ente pubblico avrebbe potuto evitare. Esso non presenta rilevanti problematiche sotto il profilo del mezzo istruttorio da adoperare.

Tuttavia spesso accade che alla mancata utilizzazione non corrisponde una spesa per un bene sostitutivo perché la collettività resta semplicemente privata del servizio che il bene stesso era destinato a svolgere. Si pone allora il problema di attribuire una quantificazione pecuniaria al disagio arrecato alla comunità, e i criteri potranno variare caso per caso: stima delle spese presuntivamente sostenute dai cittadini per fruire di servizi alternativi, valutazione del disagio che potrà derivare dal sovraccarico di altre strutture pubbliche (l'ospedale o la scuola del comune vicino) e dei conseguenti disservizi. Appare evidente che la quantificazione in termini pecuniari della lesione dell'interesse della collettività amministrata non può che basarsi, in molti casi, su criteri indiretti e presuntivi, e perciò su una valutazione equitativa, ferma restando la necessità della prova rigorosa se sussista (nell' *an*) il danno risarcibile. Alla determinazione in via equitativa fa ricorso spesso la giurisprudenza in casi di danno da disservizio, come quello, ad esempio, alla continuità didattica, causato, secondo la Sezione giurisdizionale lombarda (sent. n. 209 del 21-03-2008) dal comportamento assenteista di un insegnante. In casi simili il parametro indiretto di quantificazione del danno può desumersi dall'ammontare della retribuzione del dipendente, anche se, ovviamente, il danno effettivo può presumersi superiore. A proposito del danno da disservizio si deve osservare che i problemi d'inquadramento dogmatico di questa figura appaiono superabili proprio nella considerazione che esso s'identifica

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

nella lesione di un interesse giuridicamente protetto della collettività[1].

Determinazione della misura dell'addebito nella giurisprudenza contabile - Nella determinazione dell'addebito il giudice contabile suole attribuire rilievo a circostanze sia di carattere soggettivo che oggettivo che di regola non interessano nel campo della disciplina della responsabilità civile di diritto comune. Basti pensare, ad esempio, che nella giurisprudenza della Corte dei conti sono spesso considerati rilevanti, ai fini della determinazione della concreta misura dell'addebito, elementi addirittura estranei alla fattispecie dannosa, come il reddito del responsabile o le sue condizioni di salute o i precedenti di servizio.

Le pronunzie evidenziano come il giudizio di responsabilità amministrativa tende non soltanto ad assicurare la riparazione del danno a carico del responsabile ma anche a determinare la giusta misura della parte di danno che deve far carico all'agente colpevole di averlo cagionato, il che dà ragione a quanti hanno cercato di valorizzare la funzione piuttosto preventiva che recuperatoria dell'istituto della responsabilità amministrativa, tanto da configurarlo come istituto distinto ed autonomo dai modelli della responsabilità civile sia contrattuale che extracontrattuale, con un regime e con regole del tutto proprie. In effetti il processo contabile più che ad assicurare ad ogni costo la riparazione del danno erariale (che pure costituisce la sua finalità essenziale) tende alla determinazione del giusto addebito a carico l'agente responsabile: cioè un addebito proporzionale al grado della colpa, al livello di rischio riconducibile all'attività svolta dall'agente in ragione della posizione rivestita nell'organizzazione amministrativa, e persino, come si è visto, a particolari condizioni soggettive dell'agente stesso. La funzione preventiva e deterrente dell'istituto della responsabilità amministrativa è tenuta ben presente dal legislatore, come risulta evidente dalla recente introduzione legislativa di un'ipotesi di responsabilità amministrativa patrimoniale di carattere esclusivamente sanzionatorio[2].

Non è condivisibile, ad avviso di chi scrive, l'opinione che la generalizzazione del principio della colpa grave avrebbe fatto venir meno la possibilità di operare una valutazione dell'intensità dell'elemento soggettivo ai fini

[1] In tema cfr. S. AURIEMMA, *Lineamenti di una "responsabilità organizzativa" nelle pubbliche amministrazioni*, in Rivista della Corte dei conti n.2/2008.

[2] Si fa riferimento al giudizio introdotto nella giurisdizione contabile dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) per la condanna a determinate sanzioni pecuniarie degli amministratori di enti territoriali che violino il divieto di ricorrere all'indebitamento per il finanziamento di spese diverse da quelle d'investimento (art. 119, quinto comma della Costituzione).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'esercizio del cosiddetto potere riduttivo[1]. In realtà la possibilità di graduare l'addebito in rapporto al grado di colpa mantiene tutta la sua validità, trovando peraltro riscontro nel diritto positivo relativo alla materia della responsabilità civile, sebbene in questo settore esso valga soltanto come criterio di ripartizione interna della responsabilità tra coobbligati: *colui che ha pagato ha regresso verso gli altri coobbligati in ragione della gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate* (art. 2055, I comma). Ma ciò che nella disciplina civilistica rileva ai fini della ripartizione interna tra i coobbligati in solido, nella responsabilità amministrativa diventa criterio per la determinazione dell'addebito o della porzione di addebito da ascrivere al singolo agente. E' infatti compito del giudice contabile determinare il giusto addebito, ponendo a carico del responsabile o di ciascun responsabile tutto o parte del danno accertato o del valore perduto (articolo 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214).

Valori etici su cui si fondano i principi giuridici attinenti alla responsabilità per danno inducono a ritenere non applicabile la cosiddetta riduzione dell'addebito ai casi di illecito doloso e di illecito comportante indebita locupletazione: la giurisprudenza tradizionale è assolutamente pacifica in questo senso e nello stesso senso è anche la giurisprudenza più recente. Così, nel caso di concorso di comportamenti dolosi e colposi il danno nella sua interezza sarà a carico del responsabile a titolo di dolo, mentre i concorrenti a titolo di colpa vedranno addebitare a loro carico una parte, ma soltanto in via sussidiaria rispetto al responsabile principale[2].

Non possono essere invece condivise le sporadiche pronunzie che hanno ammesso la riduzione dell'addebito in caso di comportamento doloso o addirittura d'illecito con indebita locupletazione o di peculato[3] che appaiono difficilmente con conciliabili con principi fondamentali giuridici ed etici oltre che con chiare indicazioni di diritto positivo[4].

---

[1] Cfr., ad es., C. Conti sez. III, 14 maggio 1998, n. 132/A.

[2] Secondo una parte minoritaria della giurisprudenza, poiché la condanna a titolo di dolo copre tutta l'area del danno erariale risarcibile, non vi sarebbe la possibilità di pronunciare, nella stessa fattispecie, una condanna per responsabilità sussidiaria,anche perché mancherebbe una previsione normativa in tal senso (Sez. App. Sicilia n. 336/A del 2008 e Sez. I centrale n. 324/2003). La giurisprudenza prevalente ammette invece la condanna del concorrente a titolo di colpa in via sussidiaria: tra le tante, Sez. Riun. n. 4QM/1999.

3 C. conti, sez. I, 10 marzo 1997, n. 26 che ha ammesso il cosiddetto potere riduttivo in presenza di segni di ravvedimento operoso denotati dall'offerta spontanea di risarcimento; C. conti, Sez. Liguria, 9 giugno 1998, n. 265 che ha giustificato l'esercizio del cosiddetto potere di riduzione, anche in relazione a fatti dolosi, in base alla considerazione che la funzione del giudizio di responsabilità non è il pieno risarcimento del danno ma la prevenzione di ulteriori comportamenti dannosi per la pubblica amministrazione.

4 Oltre al principio della responsabilità solidale di coloro che abbiano agito con dolo (art. 1,comma 1 quater l. n. 20/1994) basti richiamare l'articolo 8 , comma 3, della legge 13 aprile 1998, n. 117, che nel disciplinare (in materia che può certamente considerarsi analoga a quella della responsabilità amministrativa ai

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Dall'esame delle pronunzie in tema di responsabilità amministrativa si può ricavare l'applicazione di un criterio per cui l'addebito va commisurato al principio del rischio. In sostanza l'addebito va ridotto in proporzione al grado di rischio preesistente al fatto dannoso ed ascrivibile genericamente all'attività dell'apparato amministrativo. Applicano questo criterio quelle pronunzie che fanno riferimento alle disfunzioni dell'apparato organizzatorio, all'esistenza di prassi illegittime e così via.

Le disfunzioni organizzative che aggravano il rischio di fatti dannosi possono essere in senso ampio assimilate, come si è già detto, al concorso del fatto colposo del danneggiato (articolo 1227 del codice civile). Ma il principio del rischio può essere inteso anche in un altro senso, cioè come criterio di giustizia che impone che il pregiudizio economico che consegue all'esercizio di attività in forma organizzata venga ripartito in ragione dei vantaggi che ne derivano, nel senso di ascriverlo in ragione percentuale della quota di rischio attribuibile (*cuius commoda eius et incommoda*). E' in tal senso, per esempio, che l'ordinamento positivo si è orientato nella speciale disciplina della responsabilità per danno da prodotti difettosi. L'articolo 9 del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (ora art. 121 del codice del consumo di cui al d. lgs. n. 206/2005), mentre tiene fermo, a favore del danneggiato, il principio della solidarietà passiva dell'obbligazione risarcitoria che grava su più concorrenti, applica la regola, nell'ambito del regresso, che il danno va ripartito tra i diversi imprenditori corresponsabili "*nella misura determinata dalle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno*" oltre che secondo il criterio codicistico "della gravità delle *eventuali* colpe e delle conseguenze che ne sono derivate".

Il principio del rischio, applicato nel campo della responsabilità amministrativa, comporta che nella determinazione del giusto addebito a carico dell'agente individuato come responsabile, questo vada proporzionalmente diminuito in ragione della situazione di rischio connaturata alla stesso svolgimento dell'attività in forma organizzata, delle situazioni ambientali o contingenti che abbiano determinato o aggravato la situazione di rischio (si pensi ai fatti dannosi verificatisi in occasione di situazioni di emergenza), delle condizioni particolarmente gravose in cui l'agente abbia operato, e, infine, della posizione occupata nell'ambito dell'organizzazione e della retribuzione percepita.

La giurisprudenza distingue solitamente le fasi del procedimento logico

---

sensi e per gli effetti dell'articolo 12 II comma delle preleggi) il diritto di rivalsa dello Stato verso il magistrato responsabile di danno cagionato nell'esercizio delle sue funzioni, esclude espressamente l'applicabilità al fatto commesso con dolo del limite della rivalsa stessa, stabilito, com'è noto, per le ipotesi di colpa grave, in ragione 1/3 di un'annualità di stipendio.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

mediante il quale il giudice perviene alla determinazione dell'addebito: prima il giudice quantifica il danno, prendendo anche in considerazione gli eventuali vantaggi dell'amministrazione e della comunità amministrata; in un secondo momento determina la parte di danno da addebitare a ciascun agente in caso di concorso, ed infine procede all'applicazione del cosiddetto potere di riduzione, quando ne ravvisi i presupposti.

Quanto a quest'ultimo potere in giurisprudenza ricorre la massima secondo cui esso andrebbe motivato solo in caso di suo esercizio, vale a dire solo nel caso in cui il giudice operi la riduzione rispetto al danno accertato o al valore perduto, mentre non ne andrebbe motivato il diniego, ovvero il mancato esercizio. Ciò perché si tratterebbe, secondo la giurisprudenza tradizionale, di un potere discrezionale e sostanzialmente equitativo avente natura derogatoria del normale regime risarcitorio, ovvero di una sorta di parziale rinuncia al credito, derivante dalla valutazione del giudice contabile e non del creditore. Ma si tratta di affermazioni che appaiono oggi superate, poiché è evidente che se giudice non indica i motivi della mancata applicazione del cosiddetto potere riduttivo non fa altro che implicitamente negare la sussistenza dei relativi presupposti. Ciò è evidente specialmente in quei casi nei quali principi pacifici escludono l'applicazione del cosiddetto potere riduttivo: fatti dolosi o illecita locupletazione. Se invece si parte dalla considerazione che compito del giudice contabile è di determinare il giusto addebito da ascrivere ad ogni singolo agente, è facile dedurne che egli deve comunque dare conto di tutte le valutazioni che ai fini di questa determinazione è tenuto ad effettuare in base al diritto positivo. Questo significa, sul piano processuale, che il cosiddetto potere riduttivo (meglio sarebbe parlare di potere dovere) è esercitato dal giudice d'ufficio, senza necessità di richiesta di parte, sicché nessuna preclusione incontra la sua applicazione per la prima volta in appello, e l'eventuale domanda avanzata per la prima volta dal convenuto in questa fase di giudizio non incontra la preclusione di cui all'articolo 345 c.p.c.

Com'è noto la Corte costituzionale è di recente intervenuta chiarendo il fondamento del c.d. potere riduttivo dell'addebito. Il giudice delle leggi muove dal presupposto che nel giudizio di responsabilità amministrativa va distinto il momento logico dell'accertamento della sussistenza di un danno, che costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, da quello della determinazione dell'addebito, che è compito proprio del giudice non di carattere semplicemente accertativo ma costitutivo-determinativo. In sostanza, compito del giudice è di determinare il giusto addebito, operazione della quale il danno accertato costituisce il presupposto e il punto di partenza. Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale non escludono, naturalmente, che non di sanzione pecuniaria in senso proprio si tratta, bensì di risar-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cimento o di riparazione pecuniaria del danno (sia pure limitato alla parte costituente il "giusto addebito"), ché altrimenti l'istituto incorrerebbe in una censura d'incostituzionalità, per essere in sostanza la determinazione dell'addebito ancorata ad un elemento di partenza, quello dell'esistenza e dell'ammontare del danno, a cui non necessariamente corrisponde il grado di riprovevolezza della condotta.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Brevi note in merito all'accesso agli atti del processo contabile

di Fernanda Fraioli*

1. - Antecedentemente al giugno 1990, mai si era potuto neanche pensare, da parte degli utenti, ad un'intromissione nell'attività della Pubblica Amministrazione sia pure a soli fini di superficiale ed innocua informazione in merito allo stato del procedimento avviato.

Nulla era dato conoscere dell'operato pubblico *in itinere*.

Unicamente al termine del farraginoso e lungo procedimento seguito dalla Pubblica Amministrazione competente in materia – che, il più delle volte, aveva tempi indiscutibilmente biblici – era possibile conoscere le determinazioni cui la stessa era addivenuta.

Con l'avvento della legge 7 agosto 1990, n. 241 – dal titolo e relativo contenuto, ai giorni nostri, fin troppo noti – si è dato l'avvio alla c.d. partecipazione al procedimento amministrativo da parte dei privati interessati, *rectius* a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, sviluppato sotto molteplici aspetti dalla legge e, ove ancora esistevano sacche di " silenzio legislativo" o di " dubbia applicazione", dall'intervento anche della giurisprudenza che si è spinta, sia pure con andamento inizialmente altalenante, fino ad ammettere l'applicazione di tale innovativo istituto anche in materia di procedure concorsuali, esami, relativi elaborati, e quant'altro di più propriamente riservato.

Si è così passati dalla totale esclusione del cittadino dalla partecipazione alla vita amministrativa, alla configurazione della Pubblica Amministrazione come una " *casa di vetro*", per usare la testuale espressione adottata fin dall'entrata in vigore della legge medesima.

"Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge.

É considerato documento amministrativo ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa", recita l'art. 22 della succitata legge.

Ammettendo, così, l'accesso agli atti nei confronti delle Amministrazioni dello Stato, ivi compresi le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessio-

* Vice Procuratore Generale della Corte dei conti – Procura regionale dell'Umbria

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

nari di pubblici servizi.

Tale dibattuta "apertura agli amministrati" è stata, però, fin dall'inizio limitata dal combinato disposto di un certo numero di articoli che specificamente hanno escluso dall'accesso taluni documenti, anche se, contestualmente, il legislatore ha fatto carico alle singole Amministrazioni di provvedere dettagliatamente in merito con l'emanazione di uno o più regolamenti finalizzati all'individuazione delle categorie di documenti da esse formati, o comunque rientranti nella loro disponibilità, da sottrarre all'accesso per le necessità di cui al comma 2 dell'art. 24 della legge n. 241/90 che specificamente individua le esigenze da salvaguardare[1].

2. - Orbene, com'è noto, tale istituto ha formato oggetto di preciso intervento del legislatore che ha ritenuto di introdurlo per garantire il controllo dell'efficienza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa a favore dei soggetti titolari di un interesse giuridicamente rilevante in relazione all'esigenza di attuazione del principio costituzionale secondo cui l'attività (si badi bene) amministrativa, unitariamente e complessivamente considerata, deve essere trasparente e controllabile.

Di conseguenza, come egregiamente affermato da autorevole giurisprudenza (*Consiglio Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893*), ciò ha ridimensionato la portata sistematica del segreto (ancora, si badi bene) amministrativo, il quale, ora, non esprime più un principio generale dell'azione della P.A., ma rappresenta un'eccezione al canone della trasparenza, rigorosamente circoscritta ai soli casi in cui viene in evidenza la necessità obiettiva di tutelare particolari e delicati settori della stessa con la doverosa precisazione che il carattere innovativo della legge n. 241 del 1990 non travolge le diverse ipotesi di segreto previste dall'ordinamento, diverse (si badi bene, ancora) da quello riconducibile alla mera protezione dell'esercizio della funzione amministrativa e che, quindi, in questi casi il principio di trasparenza recede rispetto alla necessità di salvaguardia dell'interesse protetto specificamente dal segreto.

Per tale motivo all'art. 28 statuisce: "1. L'art. 15 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, è sostituito dal seguente: "Art. 15 (Segreto d'ufficio). - 1. L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni

[1] Ai sensi, infatti, dell'art. 24, 4 comma, della legge n. 241/90, " le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento".

Inequivocabilmente, allora, il legislatore limita tale innovativo diritto agli atti formati dalla Pubblica Amministrazione che possono fregiarsi dell'appellativo di " amministrativi", siccome attinenti all'attività dalla stessa abitualmente esercitata mediante i singoli procedimenti amministrativi con i quali, di volta in volta, persegue i fini determinati dalla legge alla luce dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità, dettati dalla legge in commento, dalle altre disposizioni che singolarmente li disciplinano, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

Nella formulazione riadattata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, poi, indica nettamente che "non sono accessibili le informazioni in possesso di una Pubblica Amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo" (art. 22, punto 4.) con ciò operando un'ulteriore delimitazione.

A tal proposito, individua le categorie di documenti sottratti all'accesso tra i quali figurano nettamente, i documenti giudiziari.

Anche se l'evidenza di tale esclusione è contenuta nella lettera c) del comma 6 dell'art. 24 della legge n. 241/90, siccome modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 che testualmente parla di *documenti che riguardino …… le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini*, in verità, emerge anche da altri passaggi del medesimo articolo.

Si legge al punto d) dello stesso comma *quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche* ed è innegabile che un'indagine giudiziaria abbia ad oggetto, tra gli altri, proprio questi due ineludibili aspetti.

O, ancora, il comma 7 che recita: *Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*, con ciò tipicamente escludendo l'accesso ai documenti giudiziari che consentirebbe – come lamentato spesso in sede di richiesta, *rectius* rifiuto – di esercitare la tutela di un diritto, quale quello alla difesa (peraltro, costituzionalmente garantito).

A rafforzare ulteriormente tale concetto era già intervenuto il DPCM 10

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

marzo 1999, n. 294 – dalla rubrica inequivocabile[1] – che all'art. 3, lett. e), g) ed h), espressamente elenca tra i documenti inaccessibili per motivi di riservatezza:

- la documentazione attinente ad accertamenti ed inchieste di natura ispettiva, in pendenza dei relativi procedimenti;
- i rapporti alla Procura Generale ed alle Procure Regionali della Corte dei conti e richieste o relazioni di dette Procure, ove siano nominalmente individuati soggetti per i quali si configura la sussistenza di responsabilità amministrative, contabili e penali, in pendenza dei relativi procedimenti;
- gli atti di promovimento di azioni di responsabilità di fronte alla Procura Generale ed alla Procure Regionali della Corte dei conti nonché alle competenti autorità giudiziarie, in pendenza dei relativi procedimenti.

Per inciso, si evidenzia che è stato dalla Corte dei conti escluso il diritto di accesso perfino agli atti adottati dai propri organi di controllo o da essi detenuti in relazione alla loro funzione, e ciò sia in relazione alle regole sulla partecipazione al procedimento amministrativo (in quanto non è consentita l'assimilazione del procedimento di controllo ad un procedimento amministrativo), sia in relazione alle specifiche norme sull'accesso ai documenti amministrativi, atteso che queste sono applicabili ai soli atti formati dagli uffici amministrativi della Corte (Corte Conti, sez. contr., 27 aprile 1999, n. 24; Cons. Stato 1999, II, 1176).

È stata, dunque, inequivocabilmente riconosciuta la copertura totale alla riservatezza delle attività di indagine, sia contabile che penale e disciplinare, affinché non sia compromesso l'esito della stessa attraverso divulgazioni o comunicazioni di notizie durante i procedimenti.

L'attività di indagine è per sua natura coperta da segreto la cui eventuale violazione fa venir meno l'essenza stessa della funzione degli inquirenti la quale verrebbe, in tal modo, ineludibilmente vanificata a tutto detrimento non già del singolo interessato, bensì dell'intera collettività, atteso che il PM contabile sotto l'aspetto più squisitamente giuridico non è un mero sostituto processuale dell'Amministrazione danneggiata (anche se, in sostanza, persegue la reintegrazione del suo patrimonio), ma agisce a tutela dell'interesse generale della collettività[2].

---

[1] Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 marzo 1999, n. 294 (in Gazz. Uff., 24 agosto, n. 198) è rubricato " Regolamento recante norme per la disciplina delle categorie di documenti in possesso degli organismi di informazione e di sicurezza sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241".

[2] A tal proposito si riportano due pronunce giurisprudenziali , entrambi della Corte Costituzionale, indicative del concetto testè affermato: la prima – n. 65 del 24 febbraio 1992 – afferma che " *il Procuratore Generale è parte a difesa dell'ordinamento nel quale si ricompongono gli interessi dell'Erario globalmente*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Ciò significa che fino all'emissione dell'unico atto idoneo ad ufficializzare l'avvenuta instaurazione di un processo a carico di uno o più soggetti – ovverosia l'atto di citazione – tutto debba essere inequivocabilmente riservato e non conoscibile da chicchessia neanche quando, *medio tempore*, sia stato notificato il c.d. "invito a dedurre".

D'altronde, anche se il ricevimento di tale atto può comportare nel destinatario (come nella maggior parte dei casi avviene) uno sconforto fisiologicamente legato al ricevimento di un atto giudiziario, in realtà esso è – e rimane – un atto istruttorio che chiude (anche se non necessariamente ben potendo le deduzioni dell'invitato sollecitare un'ulteriore attività istruttoria da parte del P.M, come normalmente presuppongono e sovente si verifica) la fase istruttoria condotta dal PM contabile e precede, in ogni caso, il giudizio.

La giurisprudenza in merito è univoca nel ritenere la natura di atto procedimentale preprocessuale, destinato ad assicurare la completezza dell'istruttoria, dell'invito a dedurre (Corte Conti, sez. III, 29 novembre 2002, n. 391; Corte Conti, sez. I, 7 gennaio 2003, n. 1/A; Corte Conti, sez. I, 7 gennaio 2003, n. 1; Corte Conti, sez. III, 7 gennaio 2003, n. 2/A; Corte Conti, sez. III, 16 aprile 2003, n. 170; Corte Conti, sez. III, 28 ottobre 2003, n. 439/A; Corte Conti, sez. II, 1 marzo 2004, n. 60/A; Corte Conti, sez. II, 25 marzo 2004, n. 100/A; Corte Conti, sez. I, 23 luglio 2004, n. 289/A; Corte Conti, sez. II, 2 settembre 2004, n. 287/A;) e, pertanto, a tributargli finalità istruttorie, di tutela del pubblico operatore e del pubblico erario, oltre a connotazioni strumentali di garanzia dell'indagato.

D'altro canto non è casuale che la legge precipua in materia di procedimento per responsabilità amministrativo-contabile descriva puntualmente le facoltà che l'invitato possiede – presentazione di deduzioni, richiesta di audizione personale (alla quale peraltro si può perfino assentire l'assistenza di un difensore, anche se, non è consentito che interloquisca), facoltà di produrre documentazione – tra le quali non è previsto che sia dato all'invitato di accedere alla documentazione acquisita dall'Organo Requirente.

Senza che si possa lamentare violazione alcuna dell'insopprimibile diritto di difesa.

Nel preciso momento storico in cui si inserisce l'invito a dedurre, il PM ha soltanto la cognizione di un presunto danno erariale – che può assumere la forma di patrimoniale, all'immagine o da disservizio – e l'indicazione di un

---

inteso e le sue attribuzioni sono rivolte alla tutela imparziale della buona gestione" e la seconda – n. 421 del 7 aprile 1988 – che " *non sono configurabili contrasti di interesse tra l'azione del PM ed enti perché questi agisce nell'interesse obiettivo della legge*".

Ma anche G. GIUGNI, *Il Procuratore Generale* e P. VIRGA, *La Giurisdizione della Corte dei conti.*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

soggetto al quale lo stesso è presumibilmente riconducibile, in quanto, il più delle volte, le indagini svolte riconducono in capo al medesimo quelle irregolarità gestionali rilevate, a motivo della posizione rivestita nell'ambito dell'Amministrazione che appare danneggiata.

Ma con esso non formula alcun atto di accusa da cui è necessario difendersi, magari con l'assistenza di un legale, attesa proprio la natura di atto preprocessuale inviato nient'altro che al precipuo fine di conoscere la versione dei fatti da parte del chiamato, nonché di acquisire documentazione utile allo scopo di completare l'istruttoria.

Non sono, infatti, isolati i casi in cui a seguito della presentazione delle deduzioni (scritte o orali che siano) da parte dell'invitato, il PM inviti altri soggetti che non erano emersi dalle indagini, in aggiunta e/o in luogo del primo chiamato, riformulando, in un eventuale atto di citazione un impianto accusatorio che in prima battuta sembrava avere tutt'altra consistenza e conformazione.

Come anche sovente accade che a seguito dell'invito a dedurre il PM sia messo oculatamente in grado di dover procedere ad un'archiviazione nei confronti del chiamato per la totale o parziale insussistenza degli elementi richiesti dalla legge per procedere in giudizio.

Di non poco momento, questo passaggio in quanto, l'archiviazione pur non essendo un provvedimento "giudiziale" perché assente tanto il contraddittorio quanto il processo, è "giustiziale" in quanto tramite esso si amministra ugualmente la giustizia portando comunque a conclusione l'intrapresa attività inquirente tanto sull'evento quanto sui presunti responsabili determinandone, conseguentemente, una rilevanza esterna[1].

L'archiviazione è stata considerata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale un atto privo di natura di pronuncia giurisdizionale, in quanto rimesso alla determinazione propria della parte pubblica che ritenga di non promuovere l'azione al termine dell'esperita istruttoria, senza che, come detto, con essa si formi giudicato, a guisa di una sentenza di assoluzione, o scaturisca un vincolo per il PM medesimo.

Tutto ciò premesso, allora, nessuna lesione del diritto di difesa è configurabile perché alcuna imputazione viene mossa in questa sede[2], al chiamato, ma soltanto domandato di conoscere le proprie argomentazioni in merito,

---

[1] F. FRAIOLI, *L'accertamento delle responsabilità amministrativo-contabili. Il ruolo della Corte dei conti e delle Forze di Polizia*, ed. Laurus Robuffo 2008, 72.

[2] Come ricorda F. GARRI, pag. 375 *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, ed. Giuffrè "per la necessità che nella fase della cosiddetta istruttoria preliminare del PM fosse assicurato il diritto di difesa solo F. DE FILIPPIS, *Archiviazione ed azione di responsabilità*, che sostanzialmente motivava con la stretta vicinanza tra azione di responsabilità ed azione penale".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sempre che ritenga di farlo, posto che trattandosi di un diritto potestativo della parte, spetta all'invitato a dedurre decidere se usufruire di tale possibilità che la legge mette a sua disposizione non essendo consentito al PM né di imporla, né di ometterla, pena, in questo secondo caso, l'inammissibilità della citazione qualora ugualmente redatta.

Ciò perché – per quanto avanti si dirà in merito alla configurazione giuridica riconosciuta all'invito a dedurre di atto procedimentale pre-processuale che non determina l'insorgere di un improprio contraddittorio pre-processuale, riconosciuto anche dalla stessa giurisprudenza contabile (ad es.: Sez. I 29 marzo 2003, n. 99/A; Sez. II 29 novembre 2002, n. 391; Sez. giur. Umbria n. 89/03) – non sussiste alcuna lesione del sacrosanto diritto, persino costituzionalmente tutelato, alla difesa, perché non esiste alcun atto introduttivo di giudizio.

Soltanto la notifica dell'atto di citazione determina il sorgere nella sua pienezza del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

L'eventuale diniego, allora, opposto dalla Procura contabile al richiesto accesso agli atti del PM titolare dell'indagine che può formulare la difesa[1], *rectius* l'invitato, con una motivazione che si sostanzia proprio in tale circostanza, non è così peregrino come da taluni si vuol far apparire, additandolo in contrasto con la funzione dell'invito a dedurre.

A tal proposito, val bene rammentare che anche la Corte costituzionale (con *sentenza del 3 novembre 2000, n. 460*) ha riconosciuto il diritto di accedere ai documenti sui quali si fonda una contestazione, ma a favore della parte di un procedimento, anche se di natura giurisdizionale o paragiurisdizionale.

Nel preciso momento storico in cui si colloca l'invito a dedurre formulato dal PM contabile, invece, l'invitato non è ancora parte e, soprattutto l'invito non è un procedimento che, come avanti detto, si instaura con l'emissione della citazione, atto non solo successivo, ma prettamente eventuale.

È bene ricordare che la vera e propria fase processuale inizia con la notifica dell'atto di citazione al presunto responsabile della condotta causativa di danno all'Erario che si ritiene posta in essere con dolo o colpa grave.

Nel periodo antecedente che risale fino al momento del radicamento della propria competenza in virtù della ricezione della *notitia damni* da parte della Procura contabile, si versa in una fase pre-processuale contrassegnata da ele-

[1] È bene ribadire che in tale fase anche se numerose sono le richieste degli avvocati che "in nome e per conto" del proprio assistito avanzano richieste di accesso agli atti del fascicolo di Procura, le stesse non possono essere accolte con l'ulteriore motivazione – spesso avversata dai medesimi – che l'unico legittimato ad inoltrare una tale richiesta è il convenuto, atteso proprio il carattere personalissimo che caratterizza questa fase pre-processuale nella quale tale richiesta si inserisce.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

menti ben differenti da quelli che, invece, caratterizzano la fase propriamente processuale ove, com'è giusto che sia, il convenuto è messo nelle migliori condizioni per approntare le proprie difese accedendo alla visione e relativa estrazione di copie di atti del fascicolo processuale.

A contrassegnare la fase pre-processuale, allora, sarà esclusivamente la riservatezza dell'attività del PM procedente che può essere scalfita soltanto dalla collaborazione con la polizia giudiziaria che coopera alle indagini o anche con l'Amministrazione depositaria della documentazione necessaria, essendo detta fase finalizzata alla valutazione degli atti da parte del PM onde instaurare o meno il procedimento giudiziario.

Per incidens, va ricordato che la collaborazione che il Procuratore contabile può chiedere all'Amministrazione – nella duplice forma prevista dalla legge di risposta alle richieste formulate dal PM o dalla Polizia Giudiziaria, ovvero a seguito di delega ad un funzionario da essa dipendente – già scalfisce parzialmente la riservatezza delle indagini[1].

Qualunque contatto, sia pure informale con il presunto responsabile, non è previsto dalla legge, se si eccettua una sua audizione personale come persona informata dei fatti o come invitato a seguito dell'invito a dedurre (art. 5, co 1 e 4 del D.L. 1993/453, convertito in legge 1994/19).

Ancor meno è consentita qualunque sua definizione con termini inappropriati quali condannato, indagato, responsabile e quant'altro: fino alla condanna definitiva il soggetto indicato non sarà mai responsabile dell'accertato danno, ma presunto responsabile; a seguito di notifica dell'invito a dedurre, sarà un invitato; a seguito dell'invio dell'atto di citazione, sarà il convenuto.

Anche la terminologia non è casuale.

La necessità è di assicurare delle garanzie al presunto responsabile che resta tale fino alla definitiva pronuncia di condanna in merito, ma soprattutto a rimarcare la linea di confine tra la fase riservata alle valutazioni dell'inquirente – quella pre-processuale, appunto – in cui il soggetto, proprio per non essere ancora parte non è reso partecipe dell'attività svolta senza te-

[1] Si rammenta che la novella del 1994 ha notevolmente ampliato i poteri istruttori del PM contabile prevedendo, tra gli altri, un rafforzamento di quanto già stabilito in ex art.. 74 del T.U.

Più precisamente (art. 5, 6° co, D.L. 1993/453 convertito in legge 1994/19) può disporre: l'acquisizione di atti e documenti in possesso di autorità amministrative e giudiziarie che possono essere richiesti in comunicazione o ne può essere disposta l'esibizione o il sequestro; ispezioni presso pubbliche amministrazioni e terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico di bilanci pubblici; dis porre accertamenti diretti presso pubbliche amministrazioni e terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata, anche a mezzo della Guardia di Finanza, nonché di terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie, genericamente a carico di bilanci pubblici; disporre deleghe di adempimenti istruttori a funzionari della Pubblica Amministrazione, consulenze tecniche e perizie, audizioni personali in generale dei soggetti dei quali sia ritenuta utile, nonché del presunto responsabile.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ma di infrangere il fondamentale diritto di difesa e quella più propriamente processuale nella quale, al contrario, deve essere messo in condizioni di svolgere le proprie difese, atteso il disposto dell'art. 111 della Costituzione ai sensi del quale la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge che si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Ciò premesso, allora, soltanto con la notifica dell'atto di citazione si incardina il giudizio.

L'art. 5, comma 1, della legge n. 19/94 ne definisce procedimento e termini da rispettare prevedendo che, a seguito dell'invito a dedurre, o meglio a seguito del ricevimento delle deduzioni fornite con riferimento all'invito, il Procuratore contabile emette l'atto di citazione entro 120 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle medesime da parte del presunto responsabile del danno erariale.

Ritenere doveroso l'accesso agli atti (poco comprensibilmente, ora in toto, ora a quelli) menzionati nell'invito sulla motivazione che il diniego lo renderebbe inidoneo a dare adeguatamente conto dei fatti materiali dell'illecito contestato, sottesi agli atti medesimi, è fallace in quanto non tiene in debito conto di una serie di eventualità che non sono, poi, così remote come può apparire e che renderebbero l'accesso agli atti privo di qualsivoglia utilità per l'invitato, né allo stesso consentito.

Non può, ad esempio, escludersi che la documentazione da cui origina l'istruttoria (e, segnatamente, il rapporto della Guardia di Finanza e/o quanto ne consegue) concerna soggetti differenti dall'invitato la cui riservatezza è posta come obbligo inviolabile dalla normativa – altresì ribadita dalla succitata giurisprudenza (*Consiglio Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893)* – quando espressamente elenca tra i documenti inaccessibili per motivi di riservatezza, accanto ai rapporti alle Procure contabili, la documentazione attinente ad accertamenti ed inchieste di natura ispettiva, ove siano nominalmente individuati soggetti per i quali si configura la sussistenza di responsabilità amministrative, contabili e penali, in pendenza dei relativi procedimenti.

Ancor più se dalle indagini contabili emerge che anche in sede giudiziaria ordinaria verte procedimento penale nei confronti di differenti soggetti che, per non essere pubblici agenti, non figurano tra gli invitati, tanto più appropriato si configura il diniego d'accesso, posto che il rapporto dei militari della Guardia di Finanza ben può concernere unicamente tali soggetti, non già il convenuto il quale entra nel contenzioso, solo successivamente a seguito di valutazioni del tutto proprie del Procuratore contabile, per quanto supportate

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

da tali accertamenti, circa il mancato esercizio dei propri compiti di servizio[1].

O ancora, quando l'impulso all'indagine del PM contabile è stato dato da altra vertenza, sempre al medesimo intestata, ma ancora in fase istruttoria e, pertanto ancor più rigorosamente soggetta al segreto istruttorio, e soprattutto esorbitante dagli interessi di chi è parte nel giudizio relativamente al quale si presenta istanza di accesso e, quindi, non legittimato a prenderne visione[2].

Ritenere, pertanto, che le indicate ragioni di esigenza di riservatezza dei terzi, renderebbero " intrinsecamente errato il convincimento di rifiutare l'esibizione degli atti, perché le disposizioni in questione se, da un lato, sottraggono atti a terzi per esigenze di riservatezza, dall'altro lato, fanno salva la necessità di garantire (ai diretti interessati) la visione degli atti relativi ai procedimenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i loro interessi giuridici*", contrasta con due punti cardine dell'intero processo contabile: in primo luogo, con il succitato espresso divieto di accesso agli atti della Procura ed in secondo luogo con la natura propria dell'invito a dedurre in generale.*

Al riguardo è bene osservare che anche la giurisprudenza contabile non è unanimemente schierata, in materia di accesso, a favore della tesi che riconosce l'esercizio del relativo diritto con riferimento agli atti del Procuratore Regionale della Corte dei conti.

A fronte, infatti, di alcune pronunce (cfr. Sez. III Centrale, n. 267 del 26 settembre 2000; Sez. I Centrale, n. 13 del 29 gennaio 2001 e n. 21 del 20 febbraio 1995; Sez. Calabria n. 33 del 14 ottobre 1996; Sez. Lombardia n. 480 del 22 aprile 1999; Sez. Sardegna n. 545 del 17 maggio 2002, n. 46 del 31 marzo 1998 e n. 116 del 31 marzo 1998; questa stessa Sezione n. 127 del 2 aprile 2001) che lo consentono – ma con una rigorosa limitazione ai documenti menzionati nell'invito a dedurre[3] – altre lo negano recisamente (Sez. Giur.

---

[1] Con l'apertura ora data dalla Cassazione con alcune recenti sentenze (SS.UU. 25 gennaio 2006, n. 1378; SS.UU. 2 marzo 2006, n. 4582 , ma soprattutto SS.UU. 1 marzo 2006, n. 4511) al giudice contabile di perseguire anche i privati, sia pure limitatamente all'indebita percezione di contributi pubblici, anche questi possono entrare nell'inchiesta del PM.

Ma in passato quando tale apertura non c'era non era infrequente che alcuni atti istruttori, come ad es. il rapporto della Guardia di Finanza, avesse ad oggetto anche o solo tali soggetti che per essere, per l'appunto, privati, mai entravano nell'indagine e che, esclusivamente per tale motivo avevano un prevalente interesse a non veder divulgato il proprio nome siccome legato ad indagini giudiziarie in nome di un presunto diritto di accesso agli atti del PM da parte di un invitato.

[2] Non è, infatti, così infrequente l'ipotesi di apprendimento della *notizia damni* da parte del PM contabile in sede di chiarimenti chiesti in merito, magari alla medesima Amministrazione, ad altra vertenza allo stesso intestata.

[3] D'altronde, neppure nel caso dell'attività amministrativa è consentito dal legislatore un accesso incondizionato.

Si legge, infatti, all'art. 24, comma 3 della legge n. 241/90, siccome modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che " *non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Sicilia 27 aprile 2005, n. 1049; Sez. III centrale 26 settembre 2000, n. 267; Sez. giur. Puglia 21 novembre 2006, n. 1062; Sez. I centrale 24 novembre 2004, n. 383; Sez. Sardegna, 11 ottobre 2006, n. 610; Sez. Sardegna 21 febbraio 2005, n. 57; Sez. Sardegna 31 marzo 1998, n. 116; Sezione III Centrale 7 giugno 2001, n. 134; Sez. Calabria 26 novembre 2003, n. 1034; Corte Cost. sent. n. 415/95; Corte Cost. n. 163/97).

Di non poco momento, poi, un aspetto, sia pure supplementare, che i sostenitori del diritto di accesso anche agli atti di Procura inopinatamente trascurano, è rappresentato dalla circostanza che la possibilità di visionare ed estrarre copia dei documenti di interesse è subordinato, dall'art. 25 della legge n. 241/90, prima norma a prevedere tale possibilità, al rimborso del costo di riproduzione che – ai sensi dell'art. 5 del DPR 27 giugno 1992, n. 352, al comma 7, (che conferma la suddetta disposizione) – è corrisposto secondo le modalità determinate dalle singole amministrazioni le quali, nel caso della Corte dei conti, sono intestate alla Sezione Giurisdizionale, non già alla Procura che non possiede un apposito capitolo sul quale far confluire le relative somme, a meno di non causare, a propria volta, un danno all'Erario.

Tale aspetto, unitamente al carattere pre-processuale dell'invito che lo rende inidoneo all'instaurazione del contraddittorio, giustifica la collocazione temporale della possibilità di visionare e di estrarre copia degli atti di interesse (solo) in ipotesi di emissione dell'atto di citazione senza che ciò contrasti con la specifica funzione dell'invito a dedurre di evitare la citazione in giudizio, e di garantire la massima possibile completezza istruttoria.

La funzione precipua di un invito a dedurre, infatti, pur essendo indubitabilmente quella evidenziata dalle Sezioni Riunite nelle pronunce n. 7-QM e 14-QM del 1998 – ed il fatto stesso che le Procure contabili lo redigano e successivamente lo notifichino, ne comprova la condivisione – non può, tuttavia, automaticamente risolversi in una *deminutio* per l'attività del Procuratore contabile a tutto vantaggio dell'assolvimento della duplice funzione di consentire all'invitato di svolgere le proprie argomentazioni al fine di evitare la citazione in giudizio e di garantire al contempo la massima possibile completezza istruttoria.

Le Sezioni Riunite nelle medesime pronunce, infatti, pur affermando tale principio ribadiscono che l'invito a dedurre è una figura processuale del tutto peculiare nel panorama processuale dell'ordinamento italiano e presenta una

---

dell'operato delle pubbliche amministrazioni" a significare, per l'appunto, che tale riconoscimento ha finalità e propositi ben definiti e circoscritti

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

natura di atto procedimentale pre-processuale che non determina l'insorgere di un improprio contraddittorio pre-processuale che verrebbe a travalicare la funzione istituzionale di acquisizione degli elementi probatori da sottoporre poi alla valutazione del giudice (SS.RR., 16 febbraio 1998, n. 7/QM).

Ciò significa che – nell'ottica di riforma introdotta nel processo per responsabilità amministrativa in un campo in precedenza riservato all'assoluta discrezionalità dell'Organo inquirente[1] – è bene tutelare la posizione dell'invitato nelle modalità riconosciute, ma non certo a discapito dell'attività istituzionale del Pubblico Ministero che per definizione è, e deve rimanere, coperta da quella riservatezza tipica dell'attività di indagine, al fine di non compromettere l'esito della stessa attraverso divulgazioni o comunicazioni di notizie durante i procedimenti.

Sempre le medesime Sezioni Riunite (SS.RR. 7 dicembre 1999, n. 27/QM) nel decidere altra questione di massima, hanno statuito che l'invito a dedurre e le deduzioni del soggetto indagato non possono funzionalmente porsi nella prospettiva di una contrapposizione dialettica di tesi e prove tra parti processuali essendo a ciò preordinato il giudizio, mentre l'invito si colloca in una prospettiva sostanzialmente collaborativa e di impulso di un'attività del Pubblico Ministero, da parte di un soggetto che ha in questo modo la possibilità giuridica di una difesa avanzata dei propri interessi, attraverso lo svolgimento di una istruttoria più ampia ed approfondita, non potendo pertanto trovare ingresso il principio di cui all'art. 101, c.p.c..

Il carattere innovativo dell'istituto dell'invito unitamente alla carenza di una sua completa disciplina, ha determinato orientamenti giurisprudenziali diversi e contrastanti che le Procure contabili non ignorano, ma nessuno, di certo, può e deve essere peggiorativo della posizione del P.M..

Come correttamente osservato da varie sentenze in merito (vedi per tutte: Sez. Giur. Sicilia, 27 aprile 2005 n. 1049) *come ribadito dalla costante giurisprudenza di questa Corte, la funzione dell'invito a dedurre non è quella di garantire un esaustivo esercizio del diritto di difesa (tale diritto trova poi piena garanzia nel rispetto delle regole processuali a garanzia del contraddittorio nell'ambito del giudizio) ma solo quella di fornire al PM elementi utili al fine di decidere se archiviare o citare in giudizio (tant'è che per rispondere all'invito a dedurre non è richiesta l'assistenza del difensore).*

Oltretutto, con riferimento al contenuto che l'invito a dedurre deve contenere, la stessa giurisprudenza (vedi ancora: Sez. Giur. Umbria, 26 febbraio 2003, n. 89) ha ritenuto che "l'invito è atto indefettibile, rispetto alla citazio-

[1] Che ora de ve trovare anche le prove a discarico del chiamato.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ne, nel senso che esso deve: a) specificare gli addebiti; b) precedere la citazione; c) trasfondersi nella citazione, così che questa *"non decampi dal nucleo essenziale della causa petendi e del petitum* (di cui) *all'invito"* (v. le citate SS.RR.).

La giurisprudenza, peraltro, non considera essenziale alla funzione dell'invito a dedurre, nel contesto delle scarne norme che disciplinano l'invito stesso, altri profili, attinenti più specificamente al suo contenuto……, "*non determinando* – è stato precisato – *l'invito l'insorgere di un contraddittorio pre-processuale tra P.R. ed invitato"."*

È giurisprudenza costante della Corte dei Conti che nel giudizio contabile i contenuti minimi dell'invito a dedurre sono delineati dalla sua funzione che, essendo quella di garantire i diritti della difesa e, al contempo, completare l'istruttoria del P.M. contabile, può ritenersi svolta quando la fattispecie di addebito sia sommariamente portata a conoscenza dell'invitato al fine di acquisirne le deduzioni e le dichiarazioni del caso (vedi per tutte: Sez. III 4 settembre 2000, n. 227; Sez. I, 5 settembre 2000, n. 262; Sez. III 7 gennaio 2003, n. 2).

Ciò determina, allora, che anche qualora si richiamino nel relativo invito a dedurre solo le disposizioni normative che pongono i precisi doveri di azione a carico dell'invitato senza indicazione, ovvero con indicazione succinta, degli elementi di fatto che in concreto integrano gli estremi della violazione medesima, non si può ritenere l'invito carente dei contenuti essenziali tale da non consentire all'invitato di far valere le proprie ragioni.

L'eventuale specificazione degli articoli di legge richiamati nell'invito – oltre a non rendere l'invito conciso – si configurerebbe come una inutile ripetizione di quanto in essi descritto in merito all'esatta individuazione dei compiti e dei doveri di ciascun invitato, singolarmente esaminato, il quale, peraltro, ben conosce (o almeno dovrebbe) i propri obblighi di servizio la cui presunta violazione viene addebitata in sede contabile con l'invito a dedurre ed eventuale successivo atto di citazione.

La stessa giurisprudenza contabile ha affermato (in una fattispecie ove l'organo requirente non aveva indicato la norma di legge violata) che anche tale mancata indicazione, comunque posta a fondamento dell'addebito erariale, non ha rilevanza ai fini della validità della citazione allorché l'azione pubblica risarcitoria si fondi sul presupposto della violazione di un dovere di servizio (Sez. II, 27 marzo 2002, n. 99).

Nel caso in cui si rinvengano allora entrambi gli elementi non si vede ove l'invito a dedurre possa essere ritenuto carente tanto da non determinare la difesa ad agire esaustivamente.

Pertanto che ciò venga esplicitato in citazione (ovvero, solo in citazione),

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

non è lesivo di alcuna posizione posto che, per costante ed unanime giurisprudenza, tra citazione a giudizio ed invito a dedurre non sussiste un rapporto di necessaria assoluta identità, sicché è ammissibile l'atto introduttivo che precisi e definisca più compiutamente i comportamenti ed i danni indicati nell'invito (vedi per tutte: Sez. III, 7 gennaio 2003, n. 2).

La piena e totale corrispondenza tra l'invito a dedurre e l'atto di citazione, è stata esclusa anche dalle Sezioni Riunite (16 febbraio 1998, n. 7/Q), in quanto il limite di variabilità di quest'ultimo è costituito unicamente dal quadro generale dell'ipotesi dannosa, che deve essere rispettato nella sua essenza tipica, di modo che la citazione non decampi totalmente dal nucleo essenziale della *causa petendi* e del *petitum* tipizzanti la fattispecie ipotizzata.

In conclusione, allora, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il diniego – *rectius*, il divieto di accesso agli atti, atteso che lo stesso è stato introdotto dal legislatore, non già dagli Organi Requirenti – ha un proprio fondamento logico che affonda le radici nell'esigenza di non sbilanciare a favore di una delle parti del processo la rivendicata parità tra accusa e difesa ispirata all'istituto del giusto processo siccome sacralizzato dall'art. 111 della Costituzione.

Qualora così non fosse, infatti, si verserebbe nell'assurda situazione che il chiamato in giudizio avrebbe la possibilità di conoscere tutto il contenuto del fascicolo in anticipo sulla pubblica discussione, mentre il requirente, potrebbe essere messo in condizioni di conoscere il contenuto degli atti di parte soltanto in sede di discussione orale nella pubblica udienza.

La possibilità che, infatti, la legge riconosce alla difesa di costituirsi (e sovente lo fa) in udienza con memorie e documenti il cui contenuto non è dato conoscere se non in quel preciso momento si palesa come un chiaro sbilanciamento delle posizioni che il legislatore contemporaneo ha, invece, voluto porre sul medesimo piano e con le medesime possibilità e posizioni davanti ad un giudice terzo[1].

Da tutto quanto precede, allora, appare chiaro che l'innovativo diritto riconosciuto dal legislatore agli amministrati è limitato all'attività amministrativa della Pubblica amministrazione, in perfetta aderenza con la legge che lo ha introdotto, che detta norme in materia di procedimento amministrativo con

[1] Ricorda F. GARRI in op.cit. pag. 394 che " la costituzione tardiva nella realtà dei giudizi di responsabilità può valere soltanto per il convenuto (art. 171, 2 co c.p.c.; art. 13 legge 1990/353) il quale non osservi il termine assegnato (venti giorni o 10 giorni prima dell'udienza fissata) e si costituisca successivamente, come può, fino alla prima udienza.

La costituzione tardiva del PM, invece, oltre il decimo giorno dalla notificazione può avere effetti nella predisposizione della difesa del convenuto e può essere motivo per i provvedimenti di cui all'art. 183 c.p.c. (art. 17 legge 1990/353) e cioè il deposito di memorie contenenti modificazioni delle eccezioni già proposte".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

chiara esclusione con i procedimenti contenziosi.

Dal canto proprio anche la giurisprudenza – e segnatamente quella più volte citata del Consiglio di Stato (Sez. V, 2 Aprile 2001, n. 1893) – ha chiaramente escluso dall'accesso anche gli scritti defensionali redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione in quanto il segreto professionale gode di una tutela qualificata, enucleata dalla disciplina dettata dagli art. 622 c.p. e 200 c.p.p..

Ritenendo, a tal proposito, che soltanto quei soli pareri resi che si inseriscono nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, oggettivamente correlati ad un procedimento amministrativo siano da ritenere accessibili, mentre debbono ritenersi coperti da segreto i pareri resi dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose.

Quando l'intervento del legale è richiesto in relazione ad uno specifico procedimento amministrativo, ed utilizzato in tale contesto venendo perciò richiamato nel provvedimento conclusivo, tale consulenza, pur traendo origine da un rapporto privatistico caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra p.a. e professionista, è pur sempre soggetto all'accesso in quanto oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo.

Il parere legale chiesto dalla P.A. ad un professionista, invece, è finalizzato a definire la propria strategia difensiva in relazione ad una controversia e mira non già a sfociare, quale atto endoprocedimentale in un provvedimento, bensì a fornire all'ente tutti gli elementi necessari alla tutela dei suoi interessi, onde essa resta caratterizzata dalla riservatezza ed è sottratta all'accesso, perché serve a delineare la futura condotta processuale più conveniente per la Pubblica Amministrazione, anche nell'eventualità di una composizione transattiva delle liti e perché, in ogni caso, la Pubblica Amministrazione deve poter fruire, nel procedimento giurisdizionale che ha reso opportuna l'acquisizione del predetto parere, di una tutela non inferiore a quella di qualunque altro soggetto di diritti.

È stato, pertanto, ritenuto legittimo il diniego avente ad oggetto l'accesso ad atti redatti da legali e professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione, diretti a definire la strategia difensiva dell'ente relativamente all'avvio di un procedimento contenzioso così come è stato ritenuto legittimo il differimento dell'accesso ad un parere legale, reso alla p.a. e richiesto in relazione ad un procedimento giudiziario non ancora concluso, essendo ciò conforme alle regole di tutela del segreto professionale.

Ciò in quanto è stato ritenuto – sia pure nella contingenza della pronuncia citata – che il segreto che, ai sensi dell'art. 24, della legge 7 agosto 1990 n. 241, può legittimamente impedire l'accesso ai documenti amministrativi si

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

deve necessariamente riferire alla salvaguardia di interessi per natura e consistenza diversi da quelli genericamente amministrativi, perché posto dal legislatore (oltre che a garanzia del segreto professionale tutelato dagli articoli succitati) a fornire all'ente locale tutti gli elementi tecnico giuridici utili per tutelare i propri interessi in una eventuale fase contenziosa.

Ergo, nessuna anticipazione delle rispettive posizioni è opportuno che venga effettuata al fine di poter veramente attuare la tanto rivendicata parità delle parti in sede processuale al fine ultimo dell'attuazione del giusto processo.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il risarcimento in misura ridotta nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti

di Gian Piero Jaricci*

L'art. 1, comma 231, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006), prevede che, con riferimento alle sentenze di primo grado pronunciate nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti per fatti commessi antecedentemente alla data di entrata in vigore di tale legge, i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna possono chiedere alla competente Sezione di appello, in sede di impugnazione, che il procedimento venga definito mediante il pagamento di una somma non inferiore al dieci per cento e non superiore al venti per cento del danno quantificato nella sentenza gravata.

Il successivo comma 232 aggiunge che la Sezione di appello, con decreto in Camera di consiglio, sentito il Procuratore competente, delibera in merito alla richiesta e, in caso di accoglimento, determina la somma dovuta in misura non superiore al trenta per cento del danno quantificato nella sentenza di primo grado, stabilendo il termine per il versamento.

Il comma 233 dispone, infine, che il giudizio di appello si intende definito a decorrere dalla data di deposito della ricevuta di versamento presso la segreteria della Sezione di appello.

Talune Sezioni giurisdizionali di secondo grado della Corte dei conti hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine al sistema introdotto dalla norma suindicata che consente, come detto, la definizione in appello dei giudizi di responsabilità amministrativa mediante il pagamento di una somma non superiore al trenta per cento del danno quantificato nella sentenza di primo grado.

Le norme denunciate, pertanto, ad avviso delle Sezioni remittenti, si paleserebbero come una negazione dei princìpi del buon andamento e del controllo contabile.

La Corte costituzionale, con sentenza 5-12 giugno 2007, n. 183 (in *Guida dir.*, 2007, n. 32, 87 ss., con diffuso e calibrato commento di M. Atelli, *Per il danno subito dall'erario nessuna limitazione automatica*), ha dichiarato non fondate le questione di legittimità costituzionale dei citati commi della legge n. 266/2005, sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 101, 103 e 111 Cost.

La decisione della Corte costituzionale appare pienamente condivisibile.

---

* Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Infatti, contrariamente a quanto mostrano di ritenere le ordinanze di rimessione, le disposizioni censurate non limitano il potere di cognizione del giudice in sede camerale al mero esame dei presupposti di ammissibilità dell'istanza di definizione, ma richiedono che il giudice stesso valuti tutti gli elementi desumibili dall'accertamento dei fatti, già compiuto nella sentenza di primo grado (sussistenza del dolo, illecito arricchimento, gravità dei fatti, entità del danno, grado di intensità della colpa, condizione patrimoniale del condannato).

Inoltre, la Corte medesima ha rettamente posto in risalto come la previsione concernente la determinazione, ad opera della Corte dei conti in sede di appello, della somma dovuta, va inquadrata nel tradizionale assetto della responsabilità amministrativa.

In tale sistema, l'intero danno subito dall'amministrazione non è di per sé risarcibile e, come la giurisprudenza contabile ha sempre affermato, costituisce soltanto il presupposto per il promuovimento, da parte del pubblico ministero, dell'azione di responsabilità amministrativa e contabile.

Per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito dall'amministrazione debba essere addossato al convenuto e debba, pertanto, essere considerato risarcibile.

Conseguentemente, le norme in esame non comportano alcuna deroga al sistema della responsabilità amministrativa. Infatti, se avvalendosi dei poteri che gli competono il giudice di appello si convince che l'intensità della colpa e le altre circostanze del caso fanno ritenere equa una riduzione fino al trenta per cento della condanna di primo grado, accoglierà l'istanza; in caso contrario, la respingerà.

Così interpretate, secondo il giudizio della Corte, le norme denunciate si sottraggono ai dubbi di legittimità costituzionale, prospettate dalle ordinanze di rimessione: norme che non producono alcun ingiustificato ed automatico effetto premiale, essendo dirette a determinare, con un rito abbreviato, quanto dovuto dai responsabili ed avendo una finalità di accelerazione dei giudizi e di garanzia dell'incameramento certo ed immediato della relativa somma.

A tale ultimo riguardo non può non essere rilevato che il meccanismo introdotto dalla legge di cui trattasi risponde alle esigenze di una immediata ed effettiva esecuzione della condanna, che costituisce uno dei nodi critici della giustizia contabile.

Sostenere, quindi, che il meccanismo di definizione agevolata determina una minore entrata lascia a dire poco perplessi, essendo a tutti noto con quan-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

te difficoltà avviene il soddisfacimento dei crediti anche in presenza di una sentenza di condanna.

Alla luce della impeccabile sentenza della Corte costituzionale in esame viene a perdere ogni consistenza la sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti del 25 giugno 2007, n. 3, che si è pronunciata in modo a dir poco farraginoso su questioni di massima proposte con ricorso del Procuratore generale.

In particolare, contrariamente a quanto opinato dalle Sezioni Riunite, la presenza dell'appello proposto dal Procuratore non può comunque risultare impeditivo del potere del giudice di appello di valutazione discrezionale dei presupposti di ammissibilità dell'istanza di definizione, avanzata dal soccombente in primo grado, ai sensi della legge n. 351 del 2006.

Le Sezioni Riunite hanno, invece, ritenuto che la proposizione dell'appello da parte del Procuratore costituisca una sorta di sbarramento ai fini della delibazione in Camera di consiglio di detta istanza dell'appellante, valutabile soltanto a conclusione del giudizio di secondo grado.

Ma, una tesi siffatta, in considerazione di quanto ritenuto dalla Corte costituzionale risulta sicuramente non sostenibile. Diversamente, verrebbe intaccata la ponderazione degli interessi compiuta a monte dal legislatore nell'esercizio della sua insindacabile discrezionalità.

Inoltre, non va omesso di evidenziare che l'appello proposto dal Procuratore va a porsi sullo stesso piano di quello avanzato dal soccombente in primo grado, onde la Sezione di appello ha a disposizione ogni elemento necessario – e, primo tra tutti, la sentenza impugnata – ai fini di valutare l'applicabilità, nella fattispecie concreta, della più volte citata legge.

Infine, non sembra seriamente sostenibile che possa provocare nocumento alla giustizia la sostituzione della pubblica udienza con una camera di consiglio e della sentenza con un decreto decisorio.

Nonostante le calibrate considerazioni contenute nella ricordata sentenza n. 184 del 2007, la Corte costituzionale è stata costretta a ritornare sull'art. 1, commi 231, 232 e 233, della legge n. 266/2005 a seguito di recenti ordinanze di rimessione e, in particolare, di quelle nn. 524 e 525 del 2007 della Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione siciliana, con le quali è stata nuovamente sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni suindicate sempre in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 101, 103 e 111 Cost.

Pure quest'ultime ordinanze ritengono sostanzialmente che le norme denunciate sarebbero ancorate all'unica *ratio* di limitare il risarcimento patrimoniale dovuto dal soggetto condannato in primo grado e determinerebbero, pertanto, un effetto premiale ingiustificato (*repetita non juvant*), con conseguente negazione dei principi del buon andamento e del controllo contabile,

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

venendo anche ad incidere sul principio del libero convincimento del giudice.

La Corte costituzionale, con motivata ordinanza n. 123 del 2008, ha dichiarato la manifesta infondatezza di talune questioni di legittimità costituzionale, nonché la manifesta inammissibilità di altre per difetto di rilevanza.

La Corte ha anzitutto posto nel dovuto rilievo che le censure sollevate in riferimento agli artt. 3, 97, 101 e 103, manifestamente infondate, muovono tutte da un "erroneo presupposto interpretativo".

La Corte ha, quindi, ribadito ancora una volta che le norme censurate non producono alcun ingiustificato ed automatico effetto premiale in quanto l'operatività delle stesse presuppone una valutazione di merito, da parte del giudice contabile, sul fatto che l'esigenza di giustizia possa ritenersi soddisfatta mediante la procedura accelerata, alla quale non può accedersi in appello in presenza di dolo del condannato o di particolare gravità della condotta di quest'ultimo.

La Corte, inoltre, ha ribadito che le norme denunciate vanno collocate nell'ambito del sistema tradizionale della responsabilità amministrativa in cui spetta al giudice di determinare il debito risarcitorio e , quindi, in forza della discrezionalità decisionale, ritenere congrua una condanna entro il limite del trenta per cento del danno addebitato al responsabile nella sentenza di primo grado.

È, a questo punto, auspicabile che le Sezioni giurisdizionali di appello della Corte di conti rinuncino finalmente alla lotta senza quartiere intrapresa, in verità senza successo, contro le più volte citate disposizioni normative, a tutto vantaggio della celerità dei processi che costituisce la esigenza primaria cui deve tendere l'attività giurisdizionale di ogni ordine e grado.

Per completezza di indagini va ricordata una recente ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (n. 20588/2008) che ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* art. 111, 2° comma, Cost., proposto da un condannato in primo grado avverso il decreto di rigetto della richiesta di definizione agevolata, avanzata in pendenza del giudizio di appello.

La Corte, in ossequio ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha rilevato che il ricorso per cassazione contro provvedimenti giurisdizionali aventi forma diversa dalla sentenza presuppone che gli stessi presentino i caratteri della decisorietà e della definitività: caratteri che il decreto di rigetto dell'istanza di pagamento in misura ridotta di certo non possiede.

Invero, il decreto di rigetto risulta inidoneo ad incidere su situazioni giuridiche sostanziali delle parti, risolvendosi in un provvedimento di non ammissione ad un rito alternativo di definizione della controversia.

Né tale decreto presenta il carattere della definitività, potendo essere modificato o revocato (art. 742 c.p.c.), onde è insuscettibile di divenire cosa giudi-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cata. Ciò stante, non definisce il giudizio di impugnazione, lasciandolo nello stato in cui si trova.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del P.M. contabile*

di Fulvio Longavita**

SOMMARIO: I) Impostazione del problema; II) Il dibattito suscitato da Cass. SS.UU. ord. n. 19667/2003; III) Segue: Cass. SS.UU. sent. n. 3899/2004; IV) Soluzioni diversificate per le società *in house* e per le partecipate; V) Tentativi di superare il "rapporto di servizio": l'individuazione dell'autonoma categoria delle c.d. *società pubbliche*; VI) Segue: l'*eccesso di potere finanziario*; VII) Il recente intervento normativo dell'art. 16 bis della l. n. 31/2008 di conversione d.l. n. 248/2007; VIII) Considerazioni conclusive.

1. Impostazione del problema - La giurisdizione per danni erariali della Corte dei conti, inizialmente concepita nei confronti delle sole persone fisiche, ovvero nei confronti dei "funzionari" (ex art. 13 del R.D. 1214/19349) ed "impiegati" pubblici (ex art. 82 del R.D. 2440/1923 ed art. 18 del DPR n. 3/1957)[1], nel tempo è venuta ad estendersi anche ad organismi soggettivamente complessi, dotati o meno di personalità giuridica, quali le società e le associazioni.

Il processo di espansione ha comportato la risoluzione di non pochi problemi, quali quelli attinenti alla individuazione dei criteri rivelatori del "rapporto di servizio" tra l'organismo soggettivamente complesso e l'ente pubblico[2], ovvero quelli attinenti alla verifica dello stato soggettivo (dolo o colpa grave) rilevante per l'affermazione della responsabilità amministrativo-contabile, ovvero ancora quelli che hanno posto in dubbio che l'organismo soggettivamente complesso potesse rispondere in luogo dei suoi dipendenti ed amministratori, in relazione al carattere "personale" della responsabilità amministrativo-contabile [3].

---

* Intervento programmato al Convegno su "La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle S.p.a.", Perugia, 18-19 aprile 2008.

** Consigliere della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale dell'Umbria

[1] Salvo, ovviamente, gli esattori e tesorieri, che dovevano necessariamente essere delle società.

[2] V. relativamente ai criteri individuati dalla Giurisprudenza:

a) il criterio basato sul "rapporto contabile", per il servizio di cassa, ex. Cass. SS.UU. n. 3375/1989, n. 6177/1983, n. 2/1980 e n. 363/1969;

b) il criterio basato sul "rapporto concessorio" a favore di una società di costruzione, ex Cass. SS. UU. sent. n. 12221/1990;

c) il criterio basato sull'"inserimento nel processo di formazione ed attuazione della volontà della P.A." di una società commerciale, alla quale era stato affidata la verifica tecnico-contabile (in sede istruttoria, prima, e poi di controllo) dei progetti di ricostruzione post terremoto dell'Irpinia del 1980, ex Cass. SS.UU. sent. n. 9751/1994,

d) il criterio basato sulla "gestione di fondi pubblici" ad un "ente privato" per il perseguimento di finalità pubbliche (gestione di corsi professionali finanziati dalla P.A.), ex Cass. SS. UU.. sent. n. 11309/1995;

[3] V. Cass. SS.UU. sent. n. 123/2001, nonché Corte conti, Sez. Giur. Siciliana n. 390/1998 e Sez. I^ Giur. Cont. N. 178-A/1999:

Ulteriori e più specifici problemi, correlati anch'essi al carattere "personale" della responsabilità in discorso, hanno riguardato la *legittimazione passiva* del soggetto convenibile innanzi alla Corte dei conti, essendosi discusso se del danno cagionato dalla società dovesse rispondere la società stessa (unitariamente intesa), in relazione anche alle disposizioni dell'art. 1228 cc, o non piuttosto i suoi dipendenti ed amministratori. Le soluzioni adottate sono state molteplici e non sempre univoche ed omogenee: si è andato da quelle che hanno ipotizzato la legittimazione esclusiva della società[1], a quelle che hanno affermato la convenibilità delle persone fisiche che per essa avevano agito[2], nell'intento –in tale ultimo caso – di "indirizzare l'azione pubblica di responsabilità, al di là dello *schermo societario*, verso gli effettivi responsabili della società medesima, specie quando alla gestione di fatto si sia affiancata una concreta disponibilità, con maneggio di fondi pubblici"[3].

Non sono mancate anche soluzioni di convenibilità congiunta della società e delle persone che per essa avevano agito, ma ciò "negli stretti ambiti patrimoniali fissati in citazione" per ciascuno di essi[4]. Soluzioni del genere sono state viste come "tentativi di contemperare e bilanciare al meglio le esigenze – a volte contrapposte– di risarcimento, e di tutela perciò del creditore danneggiato, con quelle di massima realizzazione della personalità della responsabilità" e di tutela perciò del danneggiante[5].

Anche per le associazioni non riconosciute, inoltre, si è affermato la giurisdizione della Corte dei conti, ovviamente sussistendo un rapporto di servizio con una P.A., e ci si è soffermati sul rapporto di solidarietà che intercorre tra il *fondo comune*, proprio dell'associazione, e quello personale del soggetto che per essa ha agito, previsto dall'art. 38 cc, conformemente alla ridotta capacità patrimoniale dell'associazione, ovvero al regime di autonomia patrimoniale imperfetta che regola i rapporti tra l'Associazione stessa ed i soggetti che vi appartengono[6].

2. Il dibattito suscitato da Cass. SS.UU. ord. n. 19667/2003 - Il problema della legittimazione passiva della società e/o dei suoi amministratori e dipendenti, che storicamente è stato risolto in base al criterio del "rapporto di servizio", come appena detto, ha subito un'amplificazione e un tentativo di soluzione diversa, a seguito della ordinanza delle SS.UU. Cass. n.

[1] V. sent. n. 178-A/1999 citata nella nota precedente.
[2] V. Sez. Giur. Molise sent. N. 64/1998.
[3] V. ancora Sez. Molise sent. n. 64/1998 e, in precedenza, Sez. Puglia n. 15/1995.
[4] V. Sezione Umbria n. 498/2002.
[5] V. ancora Sezione Umbria n. 498/2002.
[6] Sez. Giur. Sicilia n. 156/1999, Id. n. 201/1999 e Sez. Giur. A Reg. Sicilia n. 183-A/2001.

19667/2003.

Con tale pronuncia, come noto, la Corte regolatrice ha superato il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione -tra giudice contabile e giudice civile- per i danni arrecati agli enti pubblici economici dai suoi amministratori e dipendenti, basato sulla "natura" pubblica o privata dell'attività dalla quale deriva il danno stesso, ed ha attribuito l'intera materia alla Corte dei conti; tanto, considerando – si è precisato – che "l'Amministrazione ormai svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato".

Da tale ordinanza, la prevalente dottrina e giurisprudenza ha tratto argomento per affermare una sorta di "*revirement"* complessivo della Corte di Cassazione sulla giurisdizione della Corte dei conti sia nei confronti degli enti pubblici economici, che nei confronti delle società a partecipazione pubblica[1].

In realtà, sul piano motivazionale, l'ordinanza in commento offre spunti di grande suggestione per simili orientamenti[2].

In essa viene ripresa la nozione tradizionale di "materia di contabilità pubblica", ex art. 103, comma 2, cost.[3], per affermare che ormai negli enti pubblici economici si ha la piena concorrenza del "requisito soggettivo", della pubblicità dell'ente, con quello "oggettivo", della natura pubblica delle risorse impiegate e dell'attività espletata non solo quando l'ente esercita pubbliche funzioni, ma anche quando esplica attività imprenditoriale, soggetta alle rego-

---

[1] Cfr. C. PINOTTI: *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica,* in *Rivista Corte dei conti*, 2004, n.5, 312 e ss., nonché : ASTEGIANO,: *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile,* in *Giur. it.*, 2004, 1837; U. MONTELLA: *Finalmente la giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità per danno erariale degli amministratori degli enti pubblici economici,* in *Cons. Stato*. 2004, II, 322 e ss.; URSI: *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica,* in *Dir. Amm.* 2004, 771 e ss.; M. ATELLI : *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato,* in *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme,* Napoli 2005, 59 e ss; T. MIELE,: *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite,* ibd., 123 e ss.

Autori citati tutti in Foro italiano 2005-I, 2680.

[2] Vale anche accennare, però, ad orientamenti che affermano la giurisdizione della Corte dei conti sulle partecipate in base alla natura pubblica dei conferimenti, più che alla soggettività pubblica delle stesse. V., per tutti, P. CREA, :L*'individuazione del danno erariale nelle società costituite, partecipate o finanziate da enti pubblici* (Conversazione in memoria di Francesco Rapisarda, Palermo, 11 dicembre 2004)

[3] V. per la nozione di "contabilità pubblica", ex art. 103 cost., Cass. SS.UU. n. 363/1969, nonché SS.UU. n. 5716/1990, per la quale : "secondo l'interpretazione che di tale articolo hanno dato dottrina e giurisprudenza la nozione di contabilità pubblica è caratterizzata da due elementi; l'uno soggettivo, che attiene alla natura pubblica dell'ente, ….l'altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le proprie del diritto privato [1].

Con specifico riferimento alla "forma giuridica" che può rivestire la P.A., inoltre, la Cassazione ha richiamato le disposizioni sulla trasformazione in S.p.a.. dell'Iri, dell'Eni, dell'Ina e dell'Enel (art. 15 del d.l. n. 333/1992, convertito in l. n. 359/1992) e quelle che consentono la gestione dei servizi pubblici locali mediante S.p.a. ed S.r.l. (art. 113 del d.lg. vo n. 267/2000), soffermandosi anche sulla sentenza n. 466/1993 della Corte Cost., che ha confermato la necessarietà del controllo della Corte dei conti sull'IRI e sugli altri organismi appena menzionati, pur dopo la loro trasformazione in S.p.a., almeno "fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società".

Nell'ottica di evidenziare ulteriormente la sostanziale indifferenza del sistema, in relazione alla veste esteriore assunta dalla P.A., la Cassazione ha richiamato anche la "giurisprudenza delle Sezioni Penali, le quali hanno più volte affermato che la trasformazione di Amministrazione pubbliche in enti pubblici economici e poi in società per azioni, non ne fa venir meno la natura pubblicistica" [2].

Nell'ordinanza in commento, inoltre, si è fatto riferimento al concetto di "impresa pubblica" (ex art. 2 della direttiva 80/723/CEE del 25/6/1980), sostanzialmente coincidente –si è precisato – con quella di "società derivate dalla finanza pubblica", riferita ai ripetuti Iri, Eni, Ina ed Enel, e sono state richiamate anche le disposizioni dell'art. 7 della l. n. 97/2001, che prevedono la trasmissione al procuratore regionale della Corte dei conti delle sentenze penali di condanna degli amministratori di enti pubblici ovvero "*a prevalente partecipazione pubblica"*[3].

Di rilievo anche la puntualizzazione secondo cui, investendo la giurisdizione della Corte dei conti l'area della responsabilità extracontrattuale, per danno ad ente diverso da quello di appartenenza, "il *discrimen"* tra la giurisdizione propria della Corte medesima e quella del giudice ordinario "risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e, dunque, nella natura delle risorse

[1] V. tra le tante, per il precedente indirizzo che negava la giurisdizione della Corte dei conti in presenza di danni da attività imprenditoriale, Cass. SS.UU. 1282/1982, n. 1679/1983, n. 5792/1991, n. 12654/1997, n. 1193/200 e n. 9649/2001.

[2] V. tra le pronunce penali considerate in SS.UU. Ord. n. 19667/2003, Cass. Sez. I^ pen. N. 10027/2000 e Cass. Sez. IV Pen. N. 20118/2001.

[3] Da segnalare che, con l'ordinanza n. 19667/2003, le SS.UU. hanno espressamente chiarito come le disposizioni dell'art. 7 della l. n. 97/2001 **non abbiano affatto inteso "ampliare la competenza giurisdizionale della Corte dei conti"**, ma si siano semplicemente inserite "coerentemente nell'ambito delle innovazioni legislative sulla P.A.".

Una simile precisazione, è evidente, elimina in radice la possibilità di vedere nel precitato art. 7 quella *interpositio legislatoris* che, a volte, la Corte Costituzionale ritiene ancora necessaria per dare concreta attuazione all'art. 103, comma 2, cost..

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

finanziarie di cui esso si avvale".

L'ampiezza ed il respiro dei temi toccati dalla più volte menzionata ordinanza n. 19667/2003, dunque, hanno indotto la prevalente dottrina e giurisprudenza a ritenere che il "ripensamento" sulla giurisdizione della Corte dei conti avesse investito anche le società partecipate, riconoscendo alle medesime una soggettività pubblica, in relazione alla natura pubblica delle risorse impiegate, tale da consentire di superare, mediante l'esercizio dell'azione risarcitoria della Procura contabile, l'intrinseco conflitto di interessi che intercorre tra gli amministratori di tali società e la società medesima, in ordine all'esercizio di un'eventuale azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario da parte dei primi (o dei soci che li hanno scelti) per i danni provocati da loro stessi alla seconda.

Altra parte della dottrina, però, ha "frenato" sul punto, evidenziando come il "*revirement"* della Cassazione avesse riguardato i soli enti pubblici economici, oggetto specifico della ripetuta ordinanza, e non anche le partecipate pubbliche. E ciò considerando anche la successiva sentenza n. 3899/2004 delle medesime SS. UU. della Cassazione[1].

III) Segue: SS.UU. Cass. sent. n. 3899/2004

Con la sentenza n. 3899/2004, in realtà, le SS.UU. della Cassazione hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dei dipendenti della So.Ge.Mi. – società partecipata in maniera pressoché esclusiva del Comune di Milano, per i danni risentiti dal Comune stesso da tangenti e irregolari esecuzioni contrattuali all'interno della menzionata società – non già in base all'"innovativo indirizzo" di cui all'ordinanza n. 19667/2003, ma in base al "tradizionale criterio" del "rapporto di servizio" intercorso tra la "suddetta società e l'ente territoriale".

Sulla scorta di tale diverso criterio di collegamento, rispetto a quello adottato per gli enti pubblici economici, la dottrina appena citata ha sostanzialmente negato ogni efficacia espansiva delle motivazioni dell'ordinanza n. 19667/2003 a soggetti diversi dagli enti pubblici economici.

Per tali enti, secondo la ripetuta dottrina, la Cassazione si è limitata a tener ferma la confluenza del requisito della soggettività pubblica, intrinsecamente propria degli enti stessi, con la loro attività imprenditoriale, ora ritenuta anch'essa a rilevanza pubblica, laddove prima era ritenuta meramente "privata" e, come tale, soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, anche per gli

[1]. G. D'Auria : *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa,* in Foro Italiano 2005-I, 2684 e ss.

aspetti attinenti ai danni provocati all'ente stesso, nell'esercizio dell'impresa, dai propri amministratori e dipendenti. Per le società partecipate, invece, la loro intrinseca soggettività è e resta privata, pur in presenza dei conferimenti pubblici e, quindi, della natura pubblica delle risorse impiegate, tanto che la giurisdizione della Corte dei conti si incardina, nei confronti dei loro dipendenti ed amministratori, soltanto quando è individuabile un eventuale "rapporto di servizio" con l'"ente danneggiato".

In altri termini, secondo la dottrina in commento, la Suprema Corte non si è spinta ad affermare l'equiparazione *tout court* fra l'attività degli enti pubblici economici e quella delle società partecipate, in base all'eventuale natura *sostanzialmente pubblica* di quest' ultime, correlata alla misura della partecipazione pubblica e – per converso – al grado di effettiva "privatizzazione" realizzata nel settore di intervento, ma ha preferito "l'ancoraggio della responsabilità amministrativa alla natura oggettivamente pubblica dell'attività o del servizio da esse svolto", richiamando "il collaudato e pragmatico criterio di collegamento costituito dal *rapporto di servizio* tra la figura soggettiva privata e l'amministrazione o ente pubblico" [1]

Conseguentemente, mentre la responsabilità degli "amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici" si inquadra perfettamente tra le "materie di contabilità pubblica", ex art. 103 Cost., così che essi rispondono d'avanti alla Corte dei conti dei danni cagionati sia all'ente di appartenenza che ad altre amministrazioni o enti", la responsabilità dei dipendenti ed amministratori delle società partecipate diventa responsabilità "erariale" solo quando la società stessa "operi nell'ambito di un rapporto di servizio con pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di loro compiti istituzionali". Al di fuori di tale rapporto di servizio, le società partecipate non sono soggette alla giurisdizione del giudice contabile, "benché finanziate da bilanci pubblici", e ciò –si è anche precisato – "dovrebbe rendere insignificante la partecipazione maggioritaria o minoritaria dell'Amministrazione al capitale della società, con la conseguenza che tali figure in nulla differiscono, ai fini di cui si tratta, da tutti gli altri soggetti privati"[2].

IV) Soluzioni diversificate per le *società in house* e per le altre società partecipate.

Il dibattito che è seguito alle due pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione (ordinanza n. 19667/2003 e sentenza n. 3899/2004), nella sua più inti-

[1] V. ancora G. D'Auria, cit. in nota precedente.
[2] V. ancora G. D'Auria sopra citato.

ma essenza, si incentra dunque sulla possibilità di riconoscere o meno una soggettività (sostanzialmente) "pubblica" alle società partecipate, stante la loro natura (formalmente) "privata".

La soluzione positiva, e quindi il riconoscimento della soggettività sostanzialmente pubblica alle società partecipate, comporterebbe una situazione identica a quella dell'ente pubblico economico, ed "il rapporto di servizio", che effettivamente è alla base della giurisdizione della Corte di Cassazione nella sent. n. 3899/2004 [1], non verrebbe più in rilievo come criterio di collegamento estrinseco, tra la società stessa e l'ente pubblico, ma unicamente come criterio intrinseco, di individuazione – nell'ambito della società – del responsabile dell'illecito, fermo restante il dovere del medesimo di rispondere anche dei danni risentiti dall'ente partecipante, per l'attività gestoria della società, in base alla regola generale posta, per "le amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza", dall'art. 1, comma 4, della l. n. 20/1994, nel testo modificato dall'art. 3 della l. n. 639/1996.

Per vero, il problema non ha riguardato le società *in house*: le società, cioè, costituite con capitale interamente pubblico, per l'espletamento di compiti e/o servizi dell'ente che le create, o che comunque hanno come clienti pressoché esclusivi gli enti-soci, portatori di interessi omogenei e non contrapposti tra loro e dai quali sono anche controllate [2].

Le società in parola, in realtà, sono state considerate solo "formalmente private", essendosi chiarito che nella sostanza esse presentano "i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo quello di rivestire –appunto – la forma della società"[3].

Per le società in questione, dunque, i criteri di collegamento della giurisdizione della Corte dei conti sono quelli tradizionali, analoghi ai criteri di collegamento relativi agli enti pubblici economici, basati sul requisito soggettivo della natura pubblica dell'organismo (formalmente privato) e su quello oggettivo della natura pubblica delle risorse impiegate, come d'altronde è "analogo"[4] il controllo sul perseguimento dei fini pubblici, da realizzare mediante

[1] Ma anche in quelle ad essa successiva, tra cui SS.UU. 1/3//2006 n. 4511 e SS. UU. 20/10/2006, n. 22513.

[2] V. delib. n. 10 della Sezione di Controllo Lombardia n. 10 del 22/1/2008, anche per ciò che attiene agli altri requisiti strutturali, funzionali e teleologici delle società in *house*.

[3] V. Corte Cost. n. 363/2003, relativamente ad "Italia Lavoro Spa", nonché, sempre per la natura sostanzialmente pubblica di "Sviluppo Italia Spa", Corte Cost. n. 308/2004.

[4] Il riferimento, ovviamente, è al "controllo analogo", elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, anche in relazione ai più recenti orientamenti che richiedono la partecipazione pubblica totalitaria (Corte di Giust. Sez. I^ 18/1/2007, n. C-220/05; id. 11/1/2005 n. C-458/03) e che gli statuti prevedano norme speciali che rafforzino il controllo ed il voto dell'amministrazione proprietaria, rispetto all'ordinaria disciplina civilistica in materia societaria (corte di Giust. Sez. I^ 11/5/2006, n. C-340/04, id. 13/10/2005, n. C-458/03).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'azione delle società stesse, che il socio pubblico esercita su di esse.

Ciò comporta che l'azione erariale di danno dovrà essere esperita direttamente contro gli amministratori e dipendenti di tali società, sia –com'è ovvio – per i danni provocati alla società stessa e sia per quelli provocati all'ente pubblico-socio e/o all'ente pubblico non socio (con il quale ultimo le società in discorso possono anche venire in contatto, nell'espletamento di un'attività diversa, ma assolutamente marginale, rispetto a quella istituzionale), secondo la filosofia – in questo ultimo caso – del "danno ad ente diverso da quello di appartenenza", ex art. 1, comma 4, della l. n. 20/1994.

D'altro canto, anche nei casi di società a totale o pressoché totale capitale pubblico (come la So.Ge.Mi.) non ha senso, nel caso di azione erariale per danni provocati all'ente-socio, convenire la società (secondo la logica del "rapporto di servizio" che anima Cass. SS. UU. n. 3899/2004), in luogo delle persone che per essa hanno agito, visto che il capitale sociale e, più in generale, l'intera partecipazione è del medesimo ente danneggiato che, perciò, dall'eventuale condanna della società non trarrebbe alcun vantaggio, avendo contribuito in maniera preponderante (se non esclusiva) a costituire i mezzi del relativo pagamento.

In casi del genere, è stato giustamente notato, "una eventuale condanna della società pubblica (realizzerebbe) una mera *partita di giro* e non un risarcimento effettivo"[1].

La funzione risarcitoria, del resto, presuppone, per il suo concreto esplicarsi, la piena autonomia (o meglio, la netta separazione) della capacità economico-patrimoniale del danneggiante, rispetto a quella del danneggiato, ex art. 2740 c.c..

La natura pubblica delle risorse che i soci pubblici conferiscono mediante la partecipazione, pertanto, mette in evidenza, anche per le non *in house* e in misura proporzionale alla partecipazione stessa, il limite logico-giuridico-economico di applicare – a fini di giurisdizione– alle società a partecipazione pubblica lo stesso schema logico di responsabilità erariale e lo stesso criterio di collegamento del "rapporto di servizio" che sono stati concepiti per le società (realmente ed integralmente) private; per le società, cioè, che svolgono un'attività economico–imprenditoriale del tutto "libera" e perseguono un loro scopo di lucro, con soldi propri e con rischio integralmente a loro carico.

La disomogeneità intrinseca delle ipotesi societarie messe a confronto im-

[1] V. C. Chiarenza, in : *Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudizi in materia di SPA pubbliche;* intervento all'incontro di studio : *Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile.* Roma, Corte dei conti, aula delle SS.RR. 1-3 aprile 2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pone soluzioni diversificate, a fini di responsabilità erariale e di connessa giurisdizione della Corte dei conti, che tengano anche conto dell'entità della partecipazione pubblica[1].

In questa ottica, appare anche opportuno concettualmente isolare e distinguere la "privatizzazione", intesa quale strumento privatistico di una più efficiente gestione di un servizio pubblico a vantaggio dell'utenza, dalla "dismissione", quale fenomeno che si verifica quando la P.A. ritiene che una determinata attività, avente carattere imprenditoriale, non costituisca più pubblico servizio, o comunque non sia più soggetta a preminenti interessi pubblici, e viene perciò collocata sul mercato, quale "attività libera"[2]. In ipotesi di "dismissione", è stato giustamente notato, "la quota (pubblica) è detenuta temporaneamente, ai soli fini del collocamento sul mercato (e) non pare configurabile la giurisdizione della Corte dei conti"[3], salvo –direi – che per i danni che potrebbero derivare all'ente-socio dalle stesse operazioni di collocamento, magari per una "svendita" della quota pubblica.

Ad ogni buon conto, il criterio di collegamento estrinseco del "rapporto di servizio" tra società ed ente danneggiato (sia esso l'ente-socio ovvero un ente terzo), su cui poggiano le pronunce della Cassazione sulla giurisdizione, lo si ripete, porta a convenire in giudizio la società come tale e non i dipendenti e/o gli amministratori che per essa hanno agito[4], esattamente come avviene per "tutti gli altri soggetti privati che, in quanto parti di un rapporto di servizio con un' amministrazione, abbiano recato danno ad essa"[5].

Con pronunce degne della massima attenzione, la Cassazione è giunta anche a riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti direttamente nei confronti di amministratori e dipendenti di società legate alla P.A. da un rapporto di servizio, e si è spinta finanche ad ammettere l'astratta legittimazione passiva di entrambi i soggetti, ossia della società e del suo dipendente [6], ma ciò è avvenuto in base all'individuazione di un rapporto di "servizio di fatto" del dipendente della società con la P.A., **ulteriore** rispetto a quello di collegamento della società con l'ente[7], ovvero in base alla individuazione di "specifici

[1] Nel caso della So.Ge.Mi., esaminato da Cass. SS.UU. n. 3899/2004 nella quale la partecipazione del Comune di Milano era del 99,97%.

[2] V. Corte cost. n. 466/1993.

[3] V. C. Chiarenza già citato.

[4] V. Cass. SS.UU. n. 3735/1994, relativa la rapporto tra la Banca d'Italia ed il Ministero del Tesoro, nonché SS.UU. Cass. n. 123/2001, e della Corte dei conti Sez. I^ Centr. d'Appello n. 344/2004, nonché Sez. Giur. Reg Umbria sent. n. 70/2007.

[5] V. G. D'Auria già citato.

[6] v.. Cass. SS.UU. n. 922/1999.

[7] V. tra le tante, Cass. SS.UU. n. 14473/2002, in rapporto alla sent. n. 337-A/2000 Corte conti Sez. III^ centr. d'A, nonché SS. UU. n. 400/2000.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

rapporti di legittimazione pubblici, all'interno della società"[1], che in qualche modo "doppiano" quello esterno tra la società e l'ente.

D'altronde, come accennato sub precedente paragrafo I), la stessa Corte dei conti ha affermato la propria giurisdizione sui soggetti che in concreto avevano agito per le persone giuridiche private, formalmente in rapporto di servizio con la P.A., quante volte ha potuto individuare un secondario rapporto di "servizio di fatto" tra l'agente medesimo e la P.A.[2], spinta dall'esigenza di armonizzare il carattere "personale" della responsabilità amministrativa con la tutela delle ragioni risarcitorie dell'ente danneggiato.

Ebbene, nelle società *in house* –come evidenziato poc'anzi – una simile esigenza di "armonizzazione" non rileva, mentre nelle altre partecipate rileva in relazione all'entità della partecipazione stessa, la quale –a sua volta– dipende (o dovrebbe dipendere) dalla rilevanza dell'interesse pubblico alla gestione privatizzata del servizio o comunque dalla rilevanza degli interessi pubblici che presidiano la particolare attività imprenditoriale esercitata, dovendosi escludere una partecipazione che non abbia alcuna attinenza con i fini pubblici perseguiti dall'Ente-socio, tale da degradare a mero finanziamento di un'attività imprenditoriale privata[3].

V) Tentativi di superare il "rapporto di servizio": l'individuazione dell'autonoma categoria delle c.d. *società pubbliche.*

L'orientamento diversificato della Cassazione sugli enti pubblici economici e sulle partecipate (ex SS.UU. n. 19667/2003 e n. 3899/2004), si è andato consolidando in ulteriori pronunce.

E così, quanto agli enti pubblici economici, è divenuta costante, nella giurisprudenza della Corte Regolatrice, l'affermazione che "il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo (*requisito soggettivo*) e, quindi, nella natura (*requisito oggettivo*) delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, (così che) è l'evento verificatosi in danno ad un'Amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile e non più il quadro di riferimento, diritto pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso"[4].

---

[1] V. P.L. Rebecchi : *Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabiole*, in Riv. Corte conti, vol. 2, 2006, pagg. 238 e ss.

[2] V., anche Corte conti Sez. II^ Centr. d'A n. 125-A/2006.

[3] Si ricorda che, ai sensi dell'art. 3, commi 27-35 della finanziaria per il 2008, gli enti pubblici possono costituire società o partecipare o continuare a partecipare ad esse solo se questa forma è strettamente necessaria al perseguimento dei propri interessi istituzionali.

[4] V. Cass. SS. UU. ord. n. 10973 del 25/5/2005, Id. sent. n. 14101 del 20/6/2006 ed ord. N. 3367 del

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Quanto invece alle partecipate, la Cassazione si è tenuta ancorata al "rapporto di servizio" nel riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti, in una delle sue varie forme di manifestazione, quale "rapporto contabile"[1], ovvero di "espletamento (da parte della società) di attività istituzionalmente spettante all'Amministrazione"[2], magari sottostante anche alla semplice concessione di un contributo, volto a realizzare "un programma imposto dalla P.A."[3].

Non sono tuttavia mancati spunti per tentare una costruzione dogmatico-generale dell'autonoma categoria delle "società pubblica".

La Stessa Corte di Cassazione, in realtà, ha avuto modo di chiarire che "la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di *istituzione pubblica* dell'ente stesso", così da doversi "procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso"[4].

Parte della dottrina, è giunta finanche a prefigurare un parallelo principio di distinzione tra "funzioni di indirizzo politico e di gestione", rispetto a quello degli enti locali, da applicare alle "società pubbliche"[5].

In realtà, alcuni hanno ritenuto di poter enucleare l'autonoma categoria delle "società pubbliche", muovendo dalla nozione, di origine comunitaria, dell'"organismo di diritto pubblico"(ex art. 2, comma 7, della l. n. 109/1994)[6]. Per tal via, dovrebbero essere considerate pubbliche tutte le società che rivestono le caratteristiche generali dell'"organismo di diritto pubblico".

In aggiunta al cennato criterio, per vero, la giurisprudenza ha introdotto anche il criterio della natura del controllo, ravvisando un indice di "pubblicità" della società nel "controllo concomitante da parte di un consigliere della Corte dei conti", ex art. 12 della l. n. 259/1958[7].

15/2/2007.

[1] V. Cass. SS.UU. n. 1219/2004, relativa al caso " Sta spa-Agenzia per la mobilità del commune di Roma e la Compagnia Romana Paechgeggi s.r.l.".

[2] V. SS.UU. Ord. n. 12192/2004, relativa al caso della "associazione UNALAT-AIMA.

[3] V. Cass. SS.UU. sent. n. 4511 dell'1/3/2006, relativo al caso "S.I.F.A.T.T." ed "Intesa Bci Mediocredito spa" per danno alla Regione Abruzzo, nonché SS.UU. ord. n. 22513 del 20/10/2006 relativa alla "Confcooperativa" per danno alla Regione Molise.

[4] V. Cass. SS. UU. N. 9096/2005.

[5] V. M. G. Urso: *Il principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico e di gestione negli enti locali e nelle società partecipiate,* in Riv. Corte conti vol. 3, 2005, 306 e ss.

[6] L'art. 2, comma 7, della l. n. 109/1994, definisce l'*organismo di diritto pubblico* come: "qualsiasi organismo con personalità giuridica, istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, …. dagli enti locali, da altri enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero la cui gestione sia sottoposta al controllo di tali soggetti, ovvero i cui organismi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costititi in misura non inferiore alla metà dei componenti designati dai medesimi".

[7] V. Sez. Giur. Corte conti Lombardia ord. n. 32/2005.

Tale pronuncia riveste particolare interesse anche per le precisazioni che offre in merito al concetto di

Altri, invece, hanno fatto ricorso alla nozione di "*impresa pubblica*", di derivazione anch'essa comunitaria[1], almeno –si è precisato–per tutte le società nelle quali manca il "requisito teleologico negativo" che caratterizza "*l'organismo di diritto pubblico"*, costituito dalla precipua finalità di "soddisfare bisogni di interesse generale, aventi carattere **non** industriale e commerciale"[2].

In sostanza, secondo questa parte della dottrina, pure condivisa dalla giurisprudenza[3], nell'*impresa pubblica* "si prescinde dal fine perseguito, a differenza di quanto previsto per l'*organismo di diritto pubblico*, e si riconosce valenza decisiva al legame tra l'impresa e la P.A. dominante" [4], così che le "società pubbliche", sono quelle nelle quali si può individuare una posizione dominate della P.A..

Sul versante opposto, altra parte della dottrina, ha mosso critiche alle "forzature (del) ragionamento pan-pubblicistico della giurisprudenza" ed ai tentativi di creare un'autonoma categoria di *società pubblica.* Al tal fine, sono state richiamate le sentenze della Corte cost. n. 641/1987, n. 385/1996 e n. 371/1998, per evidenziare che "l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione in materia di contabilità pubblica non è assoluta, ma presenta soltanto i caratteri della tendenziale generalità, in quanto essa è sì suscettibile di espansione in via interpretativa, ma sempre che sussistano i *presupposti soggettivi e oggettivi* della responsabilità per danno erariale, occorrendo apposite qualificazione legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto, ma anche rispetto ai soggetti" [5].

"partecipazione pubblica maggioritaria", di cui alla sentenza della Corte cost. n. 466/1993.

Secondo la Sezione Lombarda, la partecipazione maggioritaria "deve intendersi riferita non solo al sempre più raro caso di possesso in mano pubblica di una quota azionaria superiore al 50%, ma anche all'ipotesi di possesso del c.d. *pacchetto di controllo* e,cioè, di quella quota azionaria pubblica che, seppur inferiore al 50%, consente il controllo della società, in ipotesi di azionariato diffuso".

Per riferimenti all'*organismo di diritto pubblico* v. anche, tra le altre, Sez. Giur. Corte conti Trento sent. n. 58/2006.

[1] L'art. 3, comma 28, del d.l.vo n. 163/2006, adottato in attuazione della direttiva n. 17/2004, qualifica *pubbliche* "le imprese su cui le amministrazioni possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione".

[2] V. F. Lombardo : *In tema di Giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di s.p.a. partecipate dallo Stato,* in Riv. Corte conti vol. 1, 2005, pagg. 145 e ss.

[3] V. Sez. Giur. Reg. Corte dei conti Lombardia, sen. n. 114/2006, nonché Id. sent. n. 448/2007.

[4] V. ancora F. Lombardo, già citato.

[5] V. A. Lamorgese, *Impresa pubblica: profili giurisdizionali,* relazione all'incontro su *Regime giuridico dell'impresa pubblica.* Università Roma Tre, 24/1/2008, e relativi richiami dottrinari.

Evidente, in tale dottrina, il riferimento al mai del tutto sopito problema della portata immediatamente percettiva dell'art. 103, comma 2, Cost. ed al correlato aspetto della necessaria *interpositio legislatoris*, per il quale rientra "nella più ampia discrezionalità del legislatore attribuire o meno alla giurisdizione della Corte dei conti le ipotesi di responsabilità amministrativa"[1 2].

In realtà, come notato anche di recente, la "disciplina societaria contenuta nel codice civile mette in luce che non sono previste, per le società costituite da enti pubblici, regole di gestione o funzionamento peculiari, se non che ad alcuni limitati effetti, in relazione alla nomina degli amministratori : artt 2449 e 2450 cc" [3].

VI) Segue: l'*eccesso di potere finanziario*.

Le ragioni di fondo che hanno ispirano le dottrine sulle c.d. "società pubbliche", per vero, muovono non tanto dagli aspetti strutturali delle società stesse, quanto da quelli funzionali, legati al fine perseguito dalle società medesime ed alla natura pubblica delle risorse impiegate.

Il criterio della natura pubblica del danaro e delle finalità perseguite, in effetti, sembra –a prima vista – essersi posto alla base della fondamentale ordinanza SS.UU. Cass 1/3/2006, n. 4511, secondo cui: "il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è ormai spostato dalla qualità del soggetto, che ben può essere un privato od un ente pubblico economico, alla natura del danno e degli scopi perseguiti".

Per tal via, hanno chiarito le SS. UU., "ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo di essere del programma imposto dalla P.A., alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno all'ente pubblico, anche sotto il mero

---

[1] V. per una rassegna giurisprudenziale in proposito V. F. Garri, N. Mastropasqua, M. Ristuccia, A. Rozzera: "Rassegna di giurisprudenza in tema di Responsabilità amministrativa e Contabile", Giuffrè 1992.

[2] Si ricorda che, come evidenziato anche in dottrina (P. Santoro: *L'illecito contabile,* Maggioli Editore, 2006, pagg. 27 e ss), *l'interposizio legislatoris*, può presentarsi in due forme:

a) come *interpositio* in "positivo", propria della responsabilità amministrativa, nella quale l'intervento del legislatore rileva per la determinazione dell'ambito (e degli elementi) della responsabilità stessa;

b) come *interpositio* in "negativo", propria della responsabilità contabile, "nel senso che occorre – per escludere la giurisdizione della Corte dei conti per tale forma di responsabilità– una espressa deroga alla generale attribuzione ed estensione fondata esclusivamente sull'art. 103 Cost., nella quale è ricompressa totalmente *ratione materiae*"

[3] V. Corte conti Sez. Controllo Lombardia n. 10/2008.

profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano".

Salutata da una parte della dottrina come "approdo ad un criterio oggettivo di incardinazione della giurisdizione contabile fondata sulla natura pubblica delle risorse finanziarie[1], ovvero come "statuto della fattispecie di responsabilità amministrativo-contabile"[2], l'ordinanza in discorso, secondo parte della giurisprudenza[3], non si spinge fino al punto di superare il criterio del "rapporto di servizio". E ciò tanto più se letta "in combinato" con la successiva sentenza 20/10/2006, n. 22513, resa anch'essa in materia di contributi pubblici erogati a privati, nella quale si evidenzia l'intima correlazione – nella vicenda allora esaminata – tra la contribuzione pubblica ed il sottostante rapporto di servizio, per il quale il privato veniva chiamato a svolgere, "in vece della P.A.", un compito "proprio" della P.A. medesima[4].

In realtà, il concetto di rapporto di servizio espresso dalla Cassazione nell'ultima delle citate pronunce, si colloca ai livelli di una mera "relazione funzionale" – come precisa la pronuncia stessa – e sostanzialmente avalla la linea giurisprudenziale, avviata dalla Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per il Molise con le sentenze n. 234/2002 e n. 263/2002[5], volta a considerare, ai fini della giurisdizione della Corte dei conti, "non tanto la qualificazione pubblica del soggetto convenuto in giudizio, quanto la qualificazione oggettivamente pubblica delle risorse finanziarie gestite dal convenuto, per lo

---

[1] V. ancora F. Lombardo, citato sopra.

[2] V. L. Venturini: *Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte dei conti in questo primo scoscio dell'anno: in particolare la sent. n. 4511 del 1° marzo 2006*, in www.amcorteconti.it, e richiami ivi, tra gli altri, a P. Maddalena: *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici; rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità",* in Foro It. 1979, f.2, p.65; M. Ristuccia : *La responsabilità sociale erariale nelle società pubbliche*, in Riv. Corte conti vol. 1 2005, 328 e ss; N. Longo: *Natura giuridica ed orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in Riv. Corteconti vol. 1, 2001, 365 e ss..

L'autore suggerisce, tra l'altro, una rilettura delle le varie teorie della responsabilità amministrativo contabile", alla luce dell'ordinanza n. 22513/2006, come responsabilità: a) "fondata non su inadempimento di obblighi, ma su un fatto dannoso"; b) che "esalta il fenomeno della progressiva *funzionalizzazione* degli strumenti privatistica utilizzati dalla P.A."; c) che "si conforma progressivamente da istituto già riconducibile al campo del diritto civile, a strumento di garanzia obiettiva dell'ordinamento contro le devianze finanziarie".

[3] V. Sez. Giur. Reg. Corte conti Umbria n. 47/2008, laddove si precisa che "la lettura capovolta delle conclusioni del P.G., riportate nell'ord. SS.UU. n. 4511/2006, pone in evidenza come *l'obbligo sinallagmatico* a carico del soggetto privato di non distogliere i fondi ricevuti dalla loro destinazione a fini pubblici si configura non già come il presupposto dell'erogazione, ma come l'espletamento di un'attività rientrante tra i compiti propri della P.A.".

[4] Secondo Cass. SS.UU. 22513, "quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, per *rapporto di servizio* si deve intendere una relazione con la P.A. caratterizzata per il tratto di investire un soggetto altrimenti estraneo all'amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, privata o pubblica".

[5] Si ricorda che è proprio sui profili di giurisdizione esaminati da questa ultima sentenza che è intervenuta la pronuncia della Cass. SS.UU. n. 22513/2006.

svolgimento di compiti propri dell'ente erogatore" del finanziamento.

Il riferito indirizzo giurisprudenziale, ripreso dalla dottrina, ha portato a teorizzare la figura dell'"*eccesso di potere finanziario*", quale criterio di collegamento ulteriore, rispetto a quello tradizionale del "rapporto di servizio", per la giurisdizione della Corte dei conti[1].

In pratica, muovendo dalla considerazione che "generalmente l'erogazione di pubbliche risorse …. è finalizzata al perseguimento di un particolare interesse pubblico, previsto dalle legge istitutiva del contributo o del finanziamento o del sussidio", secondo l'indirizzo dottrinario in commento, la violazione dei doveri "correlati alla finalizzazione vincolata delle risorse stesse" ingenera responsabilità in chi ha ricevuto il contributo, per *eccesso di potere finanziario,* da intendere come "deviazione dell'impiego delle pubbliche risorse dal fine tipico e dall'interesse pubblico previsto dalla legge per il caso di specie"[2].

In sostanza, secondo tale orientamento, la distrazione delle risorse pubbliche dal fine per il quale erano state erogate, vanifica l'erogazione stessa, con danno per l'ente che ne ha sostenuto il relativo peso economico, in quanto spesa (divenuta) inutile.

Ora, il riferito indirizzo ha senz'altro il merito di aprire nuovi orizzonti alla responsabilità amministrativo contabile, orientandola verso il più ampio scenario della "responsabilità finanziaria"[3], ma non risolve il problema, proprio delle società "pubbliche", di convenire direttamente in giudizio i soggetti che per essa hanno agito e non la società come tale, secondo il paradigma delle società "private" [4].

VIII) Il recente intervento normativo dell'art. 16 bis del d.l. n. 248/2007, in l. n. 31/2008.

Nel delineato contesto dottrinario-giurisprudenziale, improntato al sostanziale riconoscimento generalizzato della giurisdizione della Corte dei conti sulle società partecipate[5], è intervenuto l'art. 16 bis del d.l. n. 248/2007 (c.d.

---

[1] V. T. Miele in *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche,* Relazione per il corso di formazione ed aggiornamento tenuto a Roma dal 13 al 15/12/2006, Aula Sezione Riunite della Corte dei conti, in www. corteconti.it.

[2] V.ancora T. Miele, citato in nota precedente.

[3] V. ancora Miele, già citato.

[4] Si ricorda che anche la sent. n. 263/2002 della Corte dei conti Sez. Giur. Reg. Molise, che – si ripete – ha costituito la "base" dell'intervento delle SS.UU. Cass. sent. n. 22513/2006, ha fatto ricorso al meccanismo dello "sforamento dello scherma societario", per affermare la responsabilità delle persone fisiche che avevano agito per l'organismo che aveva ricevuto il finanziamento distolto dalle sue finalità tipiche, dovendo diversamente rispondere del danno la società che aveva ricevuto il contributo.

[5] Si ricorda che tra le ragioni per le quali il Procuratore Generale presso la Corte dei conti ha ritenuto necessario diramare una nuova *Nota interpretativa in materie di denunce di danno erariale,* in data 2/8/2007

"milleproroghe"), convertito in l. n. 31/2008, il quale prevede che : *per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario*".

L'articolo, che fa comunque salvi "i giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione", è stato oggetto di critiche, sia da parte di chi, muovendo da una già conseguita giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società "pubbliche"[1], ha visto

---

(in sostituzione della precedente, in data 28/2/1998), vi è anche quella relativa all'"ampliamento dei confini della giurisdizione contabile, a seguito delle pronunce della Corte di Cassazione che hanno affermato la sussistenza della potestà di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori e dipendenti per danni causati ad enti pubblici ed a società a partecipazione pubblica" (v. la "Premessa" della cennata nota).

In relazione a ciò, nella nota della Procura, sono state date indicazioni sui soggetti tenuti alla denuncia di danno erariale, "connesse al sistema di amministrazione e controllo delle s.p.a. a partecipazione pubblica", distinguendosi:

a) le "società regolate dal sistema tradizionale di amministrazione e controllo, (ex) artt. 2380 *bis*-2409 *septies* cc", per le quali il relativo obbligo si è ritenuto gravante: a1) sul "consiglio di amministrazione, ….. salvo deleghe, (perché), in tal caso il soggetto delegato è tenuto, ai sensi dell'art. 2381, comma 5, cc, a riferire al consiglio almeno ogni 6 mesi sull'andamento della gestione e, perciò, anche riguardo a possibili fatti dannosi, (ex) art. 2392 cc"; a2) sul "collegio sindacale", in relazione ai doveri e poteri di vigilanza, ex artt. 2403 e 2403 bis cc, e delle connesse responsabilità, ex art. 2407, comma 2, cc; a3) sui "soggetti tenuti al controllo contabile", ex art. 2409 bis cc, in relazione al rinvio al regime della responsabilità dei sindaci, ex art. 2409 *sexies* cc;

b) le "società rette dal sistema dualistico, (ex) artt. 2409 *octies*- 2409 *quinquiesdesies* cc", per le quali l'obbligo di denuncia è stato ritenuto gravante: b1) sul "consiglio di gestione", che esercita sostanzialmente le funzioni di un consiglio di amministrazione, ex arttt. 2409 *undecies* e 2392 cc; b2) sui "soggetti addetti al controllo contabile", in relazione al rinvio operato dall'art. 2409 *quinquiesdesies* all'art. 2409 *sexies;* b3) sul "consiglio di sorveglianza", che esercita funzioni di vigilanza analoghe a quelle del collegio sindacale, ex art. 2409, e può promuovere azioni di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione, ex art. 2409 *terdecies,* comm1, let. d) cc;

c) le società " a sistema monistico, (ex) artt. 2409 *sexiesdecies* -2409 *noviesdesies* cc", per le quali l'obbligo in discorso è stato ritenuto gravante : c1) sul "consiglio di amministrazione", ex art. 2409 *noviesdesies, comm1, cc;* c2*)* sul "comitato per il controllo sulla gestione", ex art. 2409 octiesdecies, comma 5, lett. B) cc, c3) sui "soggetti addetti al controllo contabile", ex art. 2409 *noviesdesies".*

[1] V., nel senso della già conseguita giurisdizione della Corte dei Conti, P. Novelli – L. Venturini in : *La resposabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle societa'. Giuffre* (in corso di pubblicazione), nonché C. Chiarenza, *Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudizi in materia di S.p.a. pubbliche* più volte citato.

I primi due autori hanno sottolineano come "la previsione di diritto intertemporale contenuta nell'ultimo periodo (dell'articolo 16 bis), con l'esclusione dell'applicazione ai *giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione*, viene espressamente a delimitare solo per l'avvenire una giurisdizione di ancora maggiore ampiezza, che si presuppone positivamente esistente ed operante. Se il legislatore ha infatti ritenuto di dover rimettere alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario alcune circoscritte ipotesi, per di più escludendone l'applicazione ai casi già dedotti in giudizi pendenti (ex art. 5 cpc), tanto si giustifica ovviamente solo se si presuppone che in precedenza fosse vigente una giurisdizione quanto meno concorrente di un altro giudice".

nell'intervento legislativo in discorso una riduzione di tale giurisdizione, e sia da parte di chi, muovendo –all'opposto – da un riconoscimento operato solo adesso (con l'art. 16 bis) e finora "solo vagamente ipotizzato dal giudice regolatore", ha considerato il criterio (delimitativo di giurisdizione) prescelto dall'articolo stesso (S.p.a.. quotate, con partecipazione inferiore al 50%) "del tutto empirico e irragionevole", seppur ispirato dalla "comprensibile preoccupazione di sottrarre al giudizio della Corte dei conti le società aventi le predette due caratteristiche"[1].

Al di là del dibattito aperto dall'art. 16 bis e delle nuove, possibili prospettive che esso lascia intravedere, è tuttavia abbastanza chiaro fin da ora – sul piano strettamente giuridico – l'importanza che l'articolo riveste, ai fini della regolamentazione della giurisdizione in materia di responsabilità erariale delle società a partecipazione pubblica, potendo anche essere inquadrato nell'ambito di quella *interpositio legislatoris* che si correla al concreto operare dell'art. 103, comma 2, Cost., da alcuni ritenuta ancora necessaria, come ricordato in precedenza.

In questa ottica, può dirsi che l'art. 16 bis ha riconosciuto "soggettività pubblica" alle società costituite e/o partecipate da pubbliche amministrazioni, quanto meno ai fini dell'**assoggettamento diretto** degli amministratori e dipendenti delle stesse alla giurisdizione della Corte dei conti, sia per i danni provocati alle società di appartenenza, sia per i danni arrecati agli enti di riferimento e/o a qualsivoglia altra amministrazione pubblica, ex art.1, comma 4, della l. n. 2071994, come sostituito dall'art. 3, comma 1, lettera *c-bis*), della l. n. 639/1996.

In sostanza, come correttamente si è osservato in dottrina, l'art. 16 bis ha in pratica superato il "tradizionale criterio del rapporto di servizio" che, ove ipotizzabile per le partecipate, avrebbe comportato la loro responsabilità "per danno erariale nei confronti dell'azionista pubblico" ed ha perciò riqualificato soggettivamente le partecipate stesse, ponendole non più tra i "soggetti danneggianti", ma tra i "danneggiati"[2].

Una simile riqualificazione soggettiva, invero, appare del tutto coerente con la dinamica e la funzione risarcitoria (ma anche sanzionatoria[3]) della re-

---

[1] V. M.A. Sandulli: *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: registrazione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero: l'effetto perverso delle norme LAST MINUTE),* in federalismi.it n. 5/2008.

[2] V. ancora Sandulli, citata in nota precedente.

[3] Il riferimento alla responsabilità sanzionatoria, qui, è alla sanzione in senso stretto, in rapporto al proliferare di norme specifiche che prevedono sanzioni a carico degli amministratori e dipendenti pubblici (v, per una sintetica ricognizione in proposito, Corte conti Sez. Giur. Reg. Umbria sent. n. 128/2007) e che, in relazione alle esigenze proprie delle "società pubbliche", ben potrebbero– in futuro– anche costituire un ulteriore profilo di armonizzazione tra il sistema di tutela degli interessi pubblici e quello di tutela degli interessi priva-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sponsabilità amministrativo-contabile che, come detto al precedente paragrafo IV), presuppone –nel suo concreto esplicarsi– la netta separazione del patrimonio del danneggiante, rispetto a quello del danneggiato.

Interessante notare come l'art. 16 bis abbia pure formato oggetto di una certa qual discussione parlamentare, compatibile con i tempi di conversione del decreto legge, così che tra gli emendamenti proposti e non ritirati, come invece è avvenuto per il 16-bis 100, vi sono anche quelli respinti, come gli emendamenti nn.101-102 [1].

In particolare, mentre il primo (101) prevedeva semplicemente la soppressione dell'art. 16 bis, il secondo (102), nel dare la nozione di "impresa pubblica", prevedeva la giurisdizione della Corte dei conti limitata agli "amministratori" delle imprese stesse, ponendo la regola generale della loro responsabilità secondo le "norme del diritto civile, a condizione che il medesimo fatto non integr(asse) danno erariale"[2].

La formulazione adottata dalla legge di conversione, invece, ha optato: a) per una sfera più ampia di soggetti convenibili, ponendo accanto agli "amministratori" anche i "dipendenti" della società pubblica, e b) per una più ampia nozione di "società pubblica", che certo evita discussioni sulla individuazione delle società in concreto sottoposte alla giurisdizione erariale.

VI) Considerazioni conclusive.

L'art. 16 bis della l. n. 33/2008, in realtà pone una regolamentazione della

---

ti, presenti –entrambi – nelle società in questione, mediante appositi interventi legislativi.

In questo senso, qualche spunto per "una inattesa convivenza …. tra una azione civilistica (a tutela degli interessi societari privati) che non può che mantenere la sua natura risarcitoria e quella contabile (a tutela degli interessi pubblici) di intonazione soltanto sanzionatoria", da esercitare entrambe "nei confronti dello stesso amministratore della società", è offerto anche da V.C. Jambrenghi in *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici* in *Atti del 51° convegno di studi di scienza dell'amministrazione,* Varenna 15-17 settembre 2005.

[1] V. resoconto stenografico Senato, seduta n. 282 del 27/2/2008.

[2] L'emendamento 102 prevedeva di sostituire l'articolo 16-bis con il seguente:

Art. 16-*bis*. - *(Responsabilità degli amministratori di imprese pubbliche)*

1. Ai fini del presente articolo si intende per impresa pubblica l'ente dotato di personalità giuridica che soddisfi cumulativamente i seguenti due requisiti:

a) che sia stato istituito per soddisfare esigenze di carattere industriale o commerciale, anche se rivolte all'interesse generale o collettivo;

b) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da altri enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero che la sua gestione od i suoi organi di amministrazione siano soggetti al controllo di questi ultimi, sotto forma di istruzioni dell'azionista di maggioranza.

2. Per le imprese pubbliche di cui al comma 1 la responsabilità dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

3. La responsabilità degli amministratori delle imprese pubbliche di cui al comma 1 è regolata dalle norma del diritto civile a condizione che il medesimo fatto non integri danno erariale; in tal caso la Corte dei conti è competente sulla relativa controversia.».

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

materia della responsabilità dei dipendenti ed amministratori delle società pubbliche per più aspetti inappagante, in relazione anche ai criteri adottati per la "sottrazione–affermazione" della giurisdizione della Corte dei conti su tale materia [1]. Se, infatti, può dirsi che l'articolo in questione ha esaustivamente risolto per il futuro – salvo l'esito positivo di questioni di costituzionalità già ipotizzate su di esso – il problema dei rapporti della giurisdizione della Corte dei conti con quella del Giudice Ordinario relativamente alle quotate minoritarie, optando per la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo Giudice, non offre invece una pari, esaustiva soluzione per le altre "società pubbliche". Per tali società, in effetti, le ipotesi teoriche, emerse ad una "prima lettura" dell'art. 16 bis, sono state le più varie[2].

Relativamente alle partecipate maggioritarie, si è pensato ad una giurisdizione esclusiva[3] a favore della Corte dei conti simmetrica a quella del giudice ordinario per le quotate minoritarie; ma si è anche pensato ad una giurisdizione concorrente, analoga a quella che si realizza nell'ipotesi di costituzione di parte civile della P.A. nel processo penale, ferma restando comunque la giurisdizione del Giudice Ordinario per i danni al socio privato.

Relativamente alle partecipate minoritarie, invece, il problema della giurisdizione è stato legato alla funzionalizzazione della partecipazione stessa alla gestione della società.

In questa ottica, la partecipazione minoritaria con "quota di controllo", che influenza la gestione della società, giustificherebbe – si è detto – la giurisdi-

---

[1] V. ancora Sandulli e Novelli – Venturini già citati.

In particolare, questi ultimi due autori ritengono corrispondere a canoni di maggiore razionalità un criterio funzionale di riparto della giurisdizione basato sul "controllo", e dunque sulla capacità di determinare l'indirizzo della gestione della S.p.a. (c.d. "influenza dominante"), piuttosto che quello "proprietario", basato sulla titolarità maggioritaria del capitale, e dunque delle azioni.

In questa ottica, hanno precisato gli autori in riferimento che, mentre la titolarità maggioritaria delle azioni reca sempre con sé anche il "potere di gestione" della società, "nel caso di partecipazioni inferiori al 50% più un'azione, invece, (sarebbe) indispensabile vagliare se permanga comunque, ed in che estensione, un potere di gestione in capo all'azionista pubblico".

Sul piano sistematico, i ripetuti autori, raccordano un simile criterio funzionale di partecipazione maggioritaria alla "nota sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale", nella quale –hanno chiarito – la Corte medesima "aveva precisato che *la partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario* era (solo) il mezzo con il quale *lo Stato conservava nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società"*.

In senso conforme, v anche V.C. Jambrenghi in *Atti del 51° convegno di studi di scienza dell'amminisrtazione,* Varenna 15-17 settembre 2005, già citato.

[2] V. interventi della prof.ssa M.A. Sandulli (*Il regime delle responsabilità nelle imprese pubbliche) e* del cons. E. F. Schlitzer (*Responsabilità amministrativa e Decreto "milleproroghe") e conseguente* dibattito, all'incontro di studio : *Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile*. Roma, Corte dei conti, aula delle SS.RR. 1-3 aprile 2008.

[3] V. anche, per la giurisdizione esclusiva a favore della Corte dei conti, V.C. Jambrenghi in *Atti del 51° convegno di studi di scienza dell'amministrazione,* Varenna 15-17 settembre 2005 già citato.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

zione della Corte dei conti, in relazione alla tutela degli interessi pubblici perseguiti con la partecipazione stessa e comporta problematiche analoghe alla partecipazione maggioritaria, relativamente ai rapporti con la giurisdizione del giudice ordinario. La partecipazione minoritaria senza alcuna influenza di gestione, invece, si risolverebbe in un mero apporto di capitale all'attività economico-imprenditoriale "libera" della società e non giustificherebbe la giurisdizione della Corte dei conti, ferma tuttavia restando "la responsabilità in capo ai dipendenti dell'amministrazione che hanno disposto la partecipazione, almeno per il danno consistente nella immobilizzazione finanziaria del danaro pubblico distratto dai fini istituzionali, quale spesa che esula dalle competenze dell'amministrazione medesima"[1]. E ciò, sempreché la partecipazione minoritaria stessa non la si volesse configurare come un "contributo"[2], nella quale ipotesi –direi– si dovrebbe ulteriormente distinguere se trattasi di mero contributo "a fondo perduto" o non piuttosto di un contributo funzionalizzato alla realizzazione di programmi propri della P.A., con conseguente giurisdizione – in tal caso – della Corte dei conti, in ipotesi di sviamento del contributo stesso dai fini del programma (ex Cass. SS.UU. ord. n. 4511/2006 e sent. n. 22513/2006).

Ad ogni buon conto, l'art. 16 bis sembra inserirsi anch'esso nel solco di una controtendenza alla spinta verso la gestione in forma societaria dei "servizi a rilevanza economica ed imprenditoriale …. (che) era venuta da talune leggi finanziarie", in relazione al ruolo che "la esternalizzazione delle attività giocava sulle modalità di costruzione delle grandezze finanziarie, rilevanti –a loro volta– ai fini del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità"[3].

Una siffatta controtendenza, si è precisato, si pone alla base anche delle "disposizioni emanate nella più recente legislazione, ed in particolare in quella inserita nella finanziaria per il 2007, intesa a contenere i costi derivanti dalla esternalizzazione (art. 1, commi 725-730), ed ancora più nella normativa introdotta con la legge finanziaria per il 2008 (ex art. 3, commi 27-35), ….. il cui punto fondamentale è (rappresentato dal fatto) che gli enti pubblici possono costituire società o partecipare o continuare a partecipare ad esse solo se questa forma è strettamente necessaria al perseguimento dei propri interessi istituzionali" [4].

Alla base di tali "spinte" e "controspinte", può forse leggersi: da un alto, la volontà della "progressiva restituzione al mercato delle attività economiche

[1] V. Chiarenza più volte citato.
[2] V. Sandulli, intervento all'incontro di studio già citato.
[3] V. Corte conti. Sez. Contr. Lombardia delibera n. 10/2008.
[4] V. Sez. Controllo Corte conti Lombardia n. 10/2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

(presenti) nel campo dei servizi pubblici imprenditoriali"[1], in linea con le norme del diritto comunitario, volte a regolare la libertà del mercato stesso e la concorrenza nei settori dei servizi e degli appalti[2]; dall'altro lato, l'esigenza di evitare sprechi e di modulare le modalità di resa del servizio alla migliore cura possibile dell'interesse pubblico attribuito all'ente, in conformità alle norme del diritto interno.

Il riconoscimento normativo della giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche, dunque, si inserisce nel delineato sistema di "spinte e controspinte" ed è auspicabile che venga esercitata in maniera accorta, prudente ed avveduta, così da salvaguardare tutti i valori in campo: sia quelli a maggior rilievo comunitario, che quelli a maggiore rilievo interno.

In questa ottica, e senza pensare di esaurire le considerazioni in proposito, mentre è da escludere la configurabilità di un sindacato del giudice contabile sulla opportunità delle scelte di natura imprenditoriali, stante anche il divieto di un analogo sindacato sul merito delle scelte amministrative, ex art. 1, comma 1, della l. n. 20/1994[3], è invece da condividere l'idea che l'azione erariale di danno non si sostituisca, ma si affianchi alle "azioni di responsabilità sociale, intentate ai sensi del codice civile, attese le diversità dei presupposti e delle finalità delle due azioni", così da svilupparsi con esse (azioni civili) in termini di concorrenza, salvo il limite –di mero fatto e comune ad entrambe – del già conseguito, integrale ristoro[4]. Ciò costituisce, oltretutto, un evidente ampliamento della capacità valutativa del complesso fenomeno societario pubblico, con positivi riflessi pure in termini di maggiore sensibilità nell'affrontare e risolvere le eventuali criticità del servizio pubblico (gestito dalla società), da considerare anche sotto i profili del "danno da disservizio" e/o da "asservimento del servizio" (ad una parte soltanto dell'utenza), ovvero

---

[1] V. G. D'Auria già citato.

[2] In questa logica si inquadra anche la recente sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 6/12/2007, cause 463/4 e 464/04, sostanzialmente caducatoria dell'art. 2449 cc, che "esalta – ha precisato la Sez. Contr. Lombardia nella citata delib. n. 10/2008 – la dimensione privatistica dello strumento organizzativo utilizzato dall'ente pubblico", così da eliminare "le eccezioni che stabiliscono privilegi per l'amministrazione, in quanto socio di società miste, perché incompatibili con i principi comunitari di libera circolazione dei capitali".

[3] V. Relazione scritta del Procuratore Generale della Corte dei conti per la Cerimonia di Apertura dell'Anno Giudiziario 2008, in www.corteconti.it

[4] V.Sez. Giur. Reg. Corte conti Lombardia ord. n. 32/2005, nella quale si chiarisce anche che "ove l'esito positivo di una delle due azioni, innanzi al giudice civile o contabile, comportasse la piena soddisfazione delle ragioni degli azionisti, si porrebbe non una questione di giurisdizione, ma una questione di proponibilità della domanda avanti al giudice adito per secondo, e quindi concernerebbe esclusivamente i limiti interni della sua giurisdizione, sotto il profilo dell'eventuale pericolo di violazione del principio del *ne bis in idem*".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

nel valutare i vistosi scostamenti dai prezzi di mercato nelle compravendite della società, da considerare anche in termini di "danno da tangente".

Peraltro, nei casi concreti in cui la Corte dei conti ha ritenuto parte danneggiata la società come tale (e non l'Ente-socio), si è mostrata una certa tendenza a non limitare l'importo del danno alla sola quota di partecipazione pubblica, osservando che la quota stessa rende pubblica la società "*in toto* e non solo *in parte qua*, sicché il risarcimento del danno erariale arrecato (va a beneficio della società e) deve essere totale e non meramente parziale"[1].

Né – si è chiarito – una simile condanna *"in toto"* lede il principio di uguaglianza tra soci, a favore dei soci privati che fruirebbero degli effetti dell'azione erariale conservando integri i poteri di azione previsti a loro favore dal codice, atteso che "la maggior tutela prevista per gli azionisti privati, non si sostanzia in un'irragionevole disparità di trattamento, ma bilancia i minori poteri dei medesimi azionisti privati statutariamente posti in una posizione minoritaria (di controllo) all'interno della compagine sociale"[2]. Del resto, si è soggiunto, "ove l'esito di una delle due azioni (quella proposta innanzi al giudice civile e quella proposta innanzi al giudice contabile) dovesse comportare la piena soddisfazione delle ragioni degli azionisti, si porrebbe non una questione di giurisdizione, ma una questione afferente ai limiti della proponibilità della domanda avanti al giudice adìto per secondo, sotto il profilo dell'eventuale pericolo di violazione del principio del *ne bis in idem"*.

Problema ulteriore e diverso, invece, è quello della proponibilità di un'*actio pro societate*, ex art. 2392 cc e/o *pro socio*, ex 2395,da parte del P.M. contabile.

Sulla prima si registra una posizione dottrinaria nettamente negativa, in relazione anche al fatto –si è rilevato– che "una azione rimessa all'iniziativa del pubblico ministero e non lasciata all'apprezzamento dei soci si tradurrebbe in un evidente svantaggio, anche in termini di analisi costi/benefici, ponendo la stessa ed i suoi amministratori in una condizione di incertezza nelle regole

---

[1] V. Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Lombardia n. 114/2006 e, in senso conforme, Id. sent. n. 414/2007.

Tale indirizzo, tuttavia, è stato di recente rivisitato dalla medesima Sezione, con la sent. n. 135/2008, nella quale, muovendo dal *carattere esclusivo* per il socio pubblico dell'azione di responsabilità erariale (che perciò esclude il concorso di altre azioni sociali, ontologicamente e strutturalmente differenti), ha affermato che essa non può avere alcuna incidenza sulla posizione giuridica dei soci non pubblici e ha limitato perciò la condanna alla quota societaria pubblica, a favore del socio pubblico stesso e non già del *patrimonio sociale*.

In dottrina è stato criticato tale nuovo orientamento che, si è detto, "svuota nei fatti (il) contenuto innovativo (della) individuazione della stessa società pubblica quale amministrazione danneggiata" (cfr. C. Chiarenza, ripetutamente citato).

D'altro canto, anche la dottrina gius-privatista aveva già espresso perplessità sull'eventuale condanna a favore del solo socio pubblico e non del *patrimonio sociale*, in accoglimento di azione erariale per danni alla società (cfr. ancora C. Ibba, "*Postilla*" al suo intervento al convegno di Varenna 2005 già citato).

[2] V. ancora Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Lombardia n. 114/2006.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'agire, del tutto incompatibile con la missione imprenditoriale dell'organismo"[1]. Tanto, senza considerare che comunque "la proposizione dell'azione sociale di responsabilità può essere non indolore per la società, che potrebbe esserne screditata sul mercato e da ciò ulteriormente danneggiata"[2].

Sulla seconda, invece, si registrano maggiori oscillazioni e, quindi aperture, essendosi sostenuta finanche "la piena ammissibilità della proposizione dell'azione del P.M. contabile d'avanti al giudice ordinario" [3].

In ogni caso, è pacifica la sussistenza di una autonoma forma di responsabilità erariale, per *culpa in vigilando,* degli amministratori dell'Ente-socio che tralascino di esercitare le azioni codicistiche, e segnatamente l'"azione sociale di responsabilità" (ex art. 2393 cc), nei confronti degli amministratori della società, per *mala gestio* [4].

In conclusione, la giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche, da modulare – se del caso – anche mediante ulteriori, appositi interventi normativi, stante la complessità e la scivolosità della materia e l'intrinseca inidoneità della sola giurisprudenza a ricondurre –almeno a breve – la stessa "a sistema", deve poter costituire una garanzia in più di sana gestione della società, e non piuttosto un appesantimento dell'azione della società stessa che, come tale, finirebbe fatalmente per "scoraggiare gli investitori dall'acquisire le partecipazioni"[5].

---

[1] V. C. Pinotti : *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica* citata, nonché G. Astegiano; *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici* in "La giurisprudenza Italiana, 2004.

In senso opposto, v. V.C. Jambrenghi, intervento al convegno di Varenna già citato, il quale sostiene che vi sia una "sostanziale sostituzione dell'azione sociale di maggioranza di fornire adeguata *notitia damni* al Procuratore presso la Corte dei conti, perché questi e non altri muova l'azione risarcitoria".

[2] V. C. Ibba : *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in "Atti del 51° Convegno di studi amministrativi, Varenna 15-17 settembre 2005.

[3] V. G. Costantino, citato da Lamorrese, in *Impresa Pubblica : profili giurisdizionali*, già menzionata., nonché per un esame dei vantaggi e degli svantaggi di un'azione contabile modellata sul paradigma dell'azione di cui all'art. 2395 cc".

[4] V. Corte dei conti Sez. II^ A n. 96/2002, confermata –ovviamente in punto di giurisdizione – da Cass. SS. UU. 13702/2004 e in senso conforme, in dottrina, C. Ibba già citato.

[5] V. motivazioni dei ricorsi definiti con la sentenza della Corte di Giustizia Europea 6/12/2007, n. C-464/04.

Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa*

di Tommaso Miele**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La natura della responsabilità amministrativa: impostazione del problema - 3. Le diverse fattispecie di responsabilità sanzionatoria previste dall'ordinamento e affidate alla cognizione del giudice contabile: a) la fattispecie di responsabilità sanzionatoria di cui al combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214; b) la fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003); c) le fattispecie di responsabilità amministrativa previste dalla legge finanziaria 2008 - 4. I profili di costituzionalità della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio e della responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio: le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti - 5. La giurisprudenza della Corte dei conti relativa alle fattispecie di responsabilità sanzionatoria affidate alla cognizione del giudice contabile - 6. Aspetti particolari della fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002: la condotta e l'evento - 7. Aspetti particolari della fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002: l'elemento psicologico - 8. Aspetti processuali - 9. Ente beneficiario della sanzione - 10. Conclusioni. Prospettive e possibile evoluzione normativa e giurisprudenziale delle fattispecie di responsabilità sanzionatoria

1. Premessa

Fra le tante innovazioni e i numerosi interventi sul piano legislativo che si sono registrati negli ultimi anni in materia di responsabilità amministrativa, sia sul piano sostanziale che sul piano formale, e più strettamente rituale, assume un particolare rilievo la tendenza del legislatore, rilevabile nelle leggi finanziarie degli ultimi anni, a procedere alla tipizzazione di alcune fattispecie di responsabilità sanzionate. Invero l'ordinamento già conosceva fattispecie di questo tipo, quale, ad esempio, quella prevista dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 in materia di mancata presentazione del conto giudiziale, ma è con la fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) che si registra una innovazione sul piano legislativo che segna una nuova tendenza del legislatore a prevedere, accanto alla generale responsabilità amministrati-

* Il presente scritto riproduce, con i dovuti aggiustamenti, il testo della relazione tenuta in occasione del Corso di formazione e aggiornamento sul tema "Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento e affidate alla cognizione del giudice contabile", organizzato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti e svoltosi a Roma, presso la Corte dei conti, nell'Aula delle Sezioni Riunite, nei giorni 1-2-3 aprile 2008.

** Consigliere della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Molise

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

va per danno, di tipo risarcitorio, devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti, fattispecie di responsabilità amministrativa tipizzate sanzionate, pur in assenza di danno patrimoniale, con una sanzione previamente prevista dalla legge, e devolute anch'esse alla cognizione del giudice contabile.

Una tale tendenza, inizialmente rilevata con diffidenza dalla stessa giurisprudenza della Corte dei conti, che vedeva in essa il pericolo di una graduale eliminazione o riduzione della generale responsabilità amministrativa per danno, ha ricevuto un ulteriore segnale di manifestazione con l'ultima legge finanziaria, dove, con disposizioni, invero, non proprio chiare sul piano sistematico e logico-giuridico, sono state previste delle fattispecie di responsabilità che, pur mediante un esplicito riferimento alla responsabilità erariale, non configurano certamente una forma di responsabilità per danno di tipo risarcitorio, e sembrano identificare, piuttosto, delle ulteriori fattispecie di responsabilità sanzionatoria, che difettano, tuttavia, della chiara ed espressa previsione della sanzione come pure tali fattispecie richiederebbero alla luce dell'art. 25 della Costituzione. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni di cui all'art. 3, comma 56, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), dove si prevede una forma di "responsabilità erariale" nel caso in cui l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione avvenga in violazione delle disposizioni regolamentari che gli enti locali sono tenuti ad adottare ai sensi dello stesso comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008 (art. 3, comma 56, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008), e alle disposizioni di cui all'art. 3, comma 59, della stessa legge finanziaria 2008, dove la norma, nel prevedere *"la nullità del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile"*, e che *"i contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008"*, si stabilisce espressamente che *"in caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo"* (art. 3, comma 59, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008).

Alla luce di tali disposizioni, può ben dirsi che *"tali fattispecie* – come è stato affermato nella sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti – *si inquadrano in quel sistema tipizzato*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

di fattispecie di responsabilità sanzionatoria che si è venuto delineando, negli ultimi anni, mediante la previsione, sul piano legislativo, di fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo-contabili, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatoria già conosciute dall'ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti (..)che stanno dando luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile (cfr. Sez. giur. Umbria, 8 maggio 2007, n. 128) che si affianca, nella tutela delle risorse pubbliche, al sistema tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni" (cfr. Corte dei conti – Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

Proprio la pluralità di tali fattispecie di responsabilità sanzionatoria, che ci fanno ormai parlare di un vero e proprio "sistema sanzionatorio contabile", e la evidente diversità sostanziale delle stesse rispetto alle normali e generali fattispecie di responsabilità amministrativa per danno conosciute dal giudice contabile pongono, peraltro, il problema di operare una ricognizione delle diverse fattispecie di responsabilità sanzionatoria previste dall'ordinamento e devolute alla giurisdizione del giudice contabile, nonché di stabilire la natura della responsabilità amministrativa di tali fattispecie, e ciò non tanto per una mera ricostruzione sistematica, o per una mera indagine scientifica, ma anche – e soprattutto – per indagare, sul piano sostanziale, sui presupposti e le condizioni necessarie per l'integrazione della fattispecie, e, sul piano formale e processuale, sul tipo di procedimento ad esse applicabile nel relativo giudizio innanzi al giudice contabile.

Nondimeno occorre operare una ricostruzione sistematica di tali fattispecie di responsabilità sanzionatorie al fine di verificarne la loro compatibilità con la previsione di cui all'art. 103, comma 2, della Costituzione, nonché la loro compatibilità con le normali fattispecie di responsabilità amministrativa di tipo risarcitoria nel più generale sistema delle diverse forme di responsabilità rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti ai sensi del citato art. 103, comma 2, della Costituzione.

Sul piano più strettamente sostanziale, rilevata la diversità di tali fattispecie rispetto alle normali fattispecie di responsabilità amministrativa per danno di tipo risarcitorio, generiche, o meglio, non tipizzate, occorre verificare quale sia il titolo soggettivo di imputazione della sanzione, e, in particolare, se sia sufficiente la colpa lieve o se sia necessaria la colpa grave, oltre che il dolo.

Sul piano processuale, appare, poi, necessario indagare sul tipo di procedimento giurisdizionale da seguire per applicare tali sanzioni nel relativo giudizio innanzi alla Corte dei conti, accertando, relativamente alla fase istruttoria, chi possa o debba richiedere l'applicazione della sanzione, la necessità

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'invito a dedurre di cui all'art. 5, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 19,, e relativamente alla fase giudiziale, la possibilità di applicare ad esse il c.d. procedimento monitorio di cui all'art. 55 del Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e agli artt. 49 e 50 del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, o la possibilità di applicare il c.d. potere di riduzione dell'addebito, o, infine, se nel giudizio esitato nella applicazione della sanzione possa ritenersi applicabile il c.d. condono contabile di cui all'art. 1, comma 231-233, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006).

Con riferimento specifico alla fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) occorre poi stabilire: a) se vi sia necessità di portare ad esecuzione la delibera di contrarre un mutuo con la stipula del relativo contratto; b) se, nel caso di delibera per far fronte ad una sentenza esecutiva di condanna emessa successivamente al 7 novembre 2001 ma relativa a fatti accaduti precedentemente alla predetta data, il debito debba ritenersi "maturato" con il deposito della sentenza di condanna stessa o con il momento – antecedente – in cui l'ente, soggetto passivo dell'obbligazione pecuniaria, avrebbe dovuto eseguire la controprestazione; c) se il destinatario dell'introito della sanzione pecuniaria sia lo Stato o l'ente di appartenenza degli amministratori che hanno adottato la delibera. A tali questioni è stata data una risposta, con soluzioni non del tutto condivisibili nel merito, dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti con la ricordata sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007. Ma procediamo con ordine nell'affrontare le singole questioni.

2. La natura della responsabilità amministrativa: impostazione del problema

In dottrina e in giurisprudenza si è di tanto in tanto sviluppato il dibattito in merito alla natura della responsabilità amministrativa, e in tale contesto si è sostenuta talvolta la natura contrattuale, e più specificamente risarcitoria, della responsabilità amministrativa, e talaltra la natura sanzionatoria della stessa responsabilità amministrativa per danno, e ciò in considerazione della officialità dell'azione, della presenza del pubblico ministero contabile, ecc..

Il dibattito in merito alla natura risarcitoria o sanzionatoria della responsabilità amministrativa, quindi, ha riguardato non tanto la natura della responsabilità amministrativa per danno rispetto alla natura delle fattispecie di responsabilità sanzionatorie devolute alla cognizione del giudice contabile, ma, in generale, la natura della generica responsabilità amministrativa per danno di cui tradizionalmente conosce la Corte dei conti.

Va peraltro, detto che chi ha sostenuto la natura sanzionatoria della gene-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

rica responsabilità amministrativa per danno, in considerazione degli indubbi elementi pubblicistici rilevabili nella sua disciplina (officialità dell'azione, intestazione al pubblico ministero contabile della relativa azione di responsabilità, potere di riduzione dell'addebito, intrasmissibilità agli eredi, ecc.), non si è reso conto di quali fossero le conseguenze di una tale ipotesi, e cioè, l'eventuale incostituzionalità dell'intero sistema della responsabilità amministrativa che prevede fattispecie di danno non tipizzate. È appena il caso di rilevare, infatti, che qualora si volesse anche solo ipotizzare una generale natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti – come pure da taluni è stato ipotizzato, seppure sul piano meramente teorico e dottrinario - la questione riguarderebbe, invero, anche eventuali profili di costituzionalità della stessa responsabilità amministrativa in relazione al principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione (*"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*), nella molteplice accezione della tipicità, della tassatività e della determinatezza dell'intera fattispecie sanzionatoria, e cioè, sia con riferimento al precetto che alla sanzione, attesa la atipicità delle fattispecie in relazione alle quali essa si configura. In proposito deve osservarsi, infatti, che, qualora si volesse ipotizzare che la responsabilità amministrativa abbia, in generale, una natura e una connotazione di tipo sanzionatorio – il che ritengo di dover decisamente escludere - ne deriverebbe che, onde evitare una palese incostituzionalità in riferimento al summenzionato principio di stretta legalità di cui all'art. 25 della Costituzione, la stessa responsabilità dovrebbe configurarsi non già – come avviene nella generalità dei casi – in relazione a fattispecie generiche e non tipizzate (nel senso di fattispecie non tipizzate astrattamente e previamente dalla legge) che presentino un danno ingiusto cagionato da un amministratore o un dipendente pubblico, in violazione di obblighi di servizio, alla amministrazione di appartenenza, o, in taluni, casi, anche ad enti diversi da quelli di appartenenza, ma dovrebbe necessariamente configurarsi in relazione a fattispecie tipizzate, e tassative, predeterminate astrattamente dalla legge con determinatezza e specificità sia nel precetto che nella sanzione, e cioè, sia con riferimento ai singoli comportamenti dannosi ai quali le sanzioni vengono riconnesse, che con riferimento alle sanzioni connesse alla violazione dei diversi precetti. In altre parole, qualora si volesse ipotizzare che la responsabilità amministrativa abbia, in generale, una natura e una connotazione di tipo sanzionatorio, la stessa dovrebbe essere prevista in singole fattispecie sanzionatorie tipizzate, che la legge dovrebbe previamente prevedere, in modo tassativo, con determinatezza e specificità, in osservanza del principio di stretta legalità di cui all'art. 25 della Costituzione. Alla stregua di tali considerazioni, pertanto, deve ritenersi che

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

una eventuale natura sanzionatoria, in via generale, della responsabilità amministrativa – come pure si ritiene da parte di taluni - comporterebbe l'illegittimità costituzionale di tutte le vigenti disposizioni di legge che disciplinano la "generica" responsabilità amministrativa per danno ingiusto degli amministratori e dei dipendenti pubblici, senza previamente prevedere, in modo tassativo, con determinatezza e specificità, le singole fattispecie dannose in relazione alle quali si configura, nel vigente ordinamento, la responsabilità amministrativa per danno ingiusto degli amministratori e dei dipendenti pubblici.

Alla luce di tali considerazioni, acclarato che la responsabilità amministrativa per danno ha, in via generale, indubbia natura risarcitoria, non v'è dubbio che il problema della natura – risarcitoria o sanzionatoria – delle diverse tipologie di responsabilità amministrativa devolute alla cognizione del giudice contabile debba essere più propriamente posto con riferimento alle diversità rilevabili fra le generiche e non tipizzate fattispecie di responsabilità amministrativa per danno tradizionalmente devolute alla giurisdizione della Corte dei conti, e le diverse fattispecie di responsabilità amministrativa sanzionatoria introdotte recentemente nell'ordinamento e devolute alla cognizione del giudice contabile, di cui sopra si è detto.

Sul piano giurisprudenziale va ricordato che il problema della natura delle fattispecie di responsabilità in questione è stato affrontato dalla Sezione giurisdizionale per la regione Umbria (sentenza 8 maggio 2007, n. 128) di fronte alla quale erano stati prospettati diversi dubbi di costituzionalità per il denunciato contrasto, da un lato, con i principi e le norme costituzionali su cui la Consulta (nel giudicare della c.d. "responsabilità formale") ebbe a fondare la sentenza n. 72/1983 e, dall'altro lato, la configurazione di una "responsabilità senza colpa e senza danno". La Sezione, tuttavia, ha ritenuto manifestamente infondati entrambi i profili, dopo una approfondita disamina a carattere sistematico sul processo di "radicale trasformazione" subito dalla responsabilità amministrativo-contabile in particolare dopo le riforme degli anni novanta.

In particolare, con riferimento al paragone con la responsabilità formale, la Sezione umbra richiama anzi tutto, sul piano giurisprudenziale, la "nuova e più qualificante" funzione di "*deterrenza*" assunta dalla responsabilità amministrativo-contabile nella sua più moderna conformazione, rispetto alle finalità di salvaguardia delle risorse pubbliche; detta funzione è desunta, in primo luogo, dalla giurisprudenza costituzionale, ove trovasi affiancata a quella "restitutoria" tradizionale e si "combina" con essa, "nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere la prospettiva della (ridetta) responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo" (v. Corte Cost. sent. n. 371/1998). In secondo luogo, si pone in evidenza come anche nella giurisprudenza della Corte di

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cassazione quella "amministrativo-contabile" sia configurata come una "forma di responsabilità *sui generis"*, con elementi risarcitori e sanzionatori che si combinano insieme, quasi "un *tertium genus*", in linea con l'origine storica della responsabilità in questione (Cass. SS. UU. n. 123/2001). In terzo luogo, sul fronte della giurisprudenza contabile, la Sezione ricorda lo sforzo di armonizzare i nuovi aspetti sanzionatori della responsabilità amministrativo-contabile con quelli risarcitori tradizionali, secondo i paradigmi della "tipicità" e della "generalità".

Fatta questa premessa giurisprudenziale, l'analisi della Sezione umbra prosegue con l'individuazione, sul piano legislativo, di "tipizzati illeciti amministrativi-contabili, con relativa sanzione" (secondo una "nuova linea di tendenza del legislatore, nella quale si preferisce integrare con nuove tecniche di *drafting* le forme e le modalità classiche della tutela delle pubbliche risorse"). In particolare, accanto all'art. 30 in esame, vengono richiamati, tra gli altri: l'ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in tema di violazione delle disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni; l'ipotesi di cui all'art. 56, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, in materia di responsabilità del dirigente che ha disposto l'assegnazione di un dipendente a mansioni superiori; l'ipotesi di cui all'art. 24, comma 4, della legge n. 289/2002 (e successive modificazioni, fino all'art. 1, commi 4, 9 e 10, della legge n. 191/2004), in materia di nullità degli atti e per l'acquisizione di beni e servizi; la particolarissima sanzione interdittiva prevista dall'art. 248, comma 5, del tuel, conseguente alla "dichiarazione di dissesto", che – a mò di "pena accessoria" – vieta l'assunzione di alcune cariche pubbliche agli "amministratori che la Corte dei conti ha riconosciuto responsabili di danni da loro prodotti nei cinque anni precedenti il verificarsi del dissesto finanziario" stesso. Osserva la Corte che "*in pratica, le nuove forme di sanzioni (v., ancora più di recente, art. 1, comma 593, della l. 296/2006, in materia di "retribuzione" ai dirigenti ed ai titolari di incarichi pubblici), che si aggiungono a quelle "storiche" (v., per tutte, quella di cui al già citato art. 46 del R.D. n. 1214/1934), stanno dando luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile, a carattere eminentemente "punitivo", nel quale campeggia la ricordata funzione di "deterrenza" della responsabilità amministrativo-contabile*"; trattasi "*di un sistema tipizzato che si affianca, nella tutela delle risorse pubbliche, al sistema tradizionale, basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni, ossia su una misura che costituisce comunque anch'essa una "sanzione", seppur a matrice eminentemente civilistica, sul piano della teoria generale del diritto*". In conclusione – si afferma – "*la verità e che il legislatore gode di ampia discrezionalità nel disciplinare il sistema della responsabilità amministrativo*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

contabile e, sul piano costituzionale, non si individuano principi e/o valori tali da limitare una siffatta discrezionalità alla misura necessariamente "risarcitoria" della responsabilità stessa" (cfr. Corte dei conti – Sez. giur. per la Regione Umbria, 8 maggio 2007, n. 128).

Con riferimento particolare alla fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), anche la Sezione Lazio si era interrogata sulla natura della responsabilità in questione, tenendola nettamente distinta dalla ordinaria responsabilità "amministrativo-contabile". Ad avviso della Sezione laziale, infatti, la potenziale lesione degli equilibri di bilancio, che trova sanzione nella norma suddetta, prescinde dal verificarsi di un "danno" risarcibile in senso proprio; i due profili (quello sanzionatorio e quello risarcitorio) restano peraltro distinti e possono coesistere, qualora in conseguenza della violazione del vincolo costituzionale venga anche a verificarsi per l'amministrazione pubblica un danno patrimonialmente valutabile. Ha affermato, in particolare, la Sezione Lazio sul punto che *"la disposizione di cui trattasi introduce nell'ordinamento una fattispecie sanzionatoria che differisce dalla comune responsabilità di cui conosce questa Corte. Ed, in effetti, se non vi è dubbio che la responsabilità amministrativa ha una prevalente connotazione pubblicistico-sanzionatoria, essendo privilegiata - piuttosto che l'integrale reintegrazione del danno erariale - la finalità di assicurare il rispetto delle regole di buona amministrazione censurando le più gravi violazioni degli obblighi di servizio, è però certo che dette violazioni non hanno rilievo nel giudizio di responsabilità amministrativa, ove non abbiano cagionato un effetto lesivo per l'erario, essendo il danno - al tempo stesso - parametro e limite nella quantificazione dell'addebito da imputare al soggetto responsabile. Nell'ipotesi all'esame, invece, la condotta trasgressiva viene sanzionata a prescindere dalla produzione del danno, avendo il legislatore ritenuto meritevole di particolare protezione la regola dell'equilibrio di bilancio anche quando la sua violazione non comporti un danno attuale e concreto valutabile economicamente, ma soltanto il pericolo di disequilibri che incidano negativamente sulla stabilità e la crescita economica del paese nel suo complesso. È evidente, peraltro, che, ove quella stessa condotta illecita cagionasse un danno erariale economicamente valutabile, la fattispecie rientrerebbe nel genus della responsabilità amministrativa che - come è noto - è configurata dal legislatore mediante ricorso ad una clausola generale, secondo cui la responsabilità discende dall'aver cagionato danno erariale nell'esercizio delle funzioni con azioni od omissioni imputabili a dolo o colpa grave. Tanto premesso, è indubbio* – ha proseguito la Sezione Lazio - *che la fattispecie all'esame configuri una vera e propria responsabilità sanzio-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

natoria, essendo irrilevante - ai fini della irrogazione della sanzione - che la violazione del divieto costituzionale abbia prodotto un danno e tenuto conto che la sanzione è commisurata a parametri certi (le indennità percepite dagli amministratori al momento della violazione) ed è irrogabile, nei limiti minimo e massimo individuati dalla legge stessa, in ragione della mera potenzialità lesiva insita nella condotta trasgressiva" (cfr. Corte dei conti – Sez. giur. per la Regione Lazio, 20 dicembre 2005, n. 3001).

3. Le diverse fattispecie di responsabilità sanzionatoria previste dall'ordinamento e affidate alla cognizione del giudice contabile: a) la fattispecie di responsabilità sanzionatoria di cui al combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214; b) la fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003); c) le fattispecie di responsabilità amministrativa previste dalla legge finanziaria 2008

Come già si è detto, l'ordinamento prevede ormai una pluralità di fattispecie di responsabilità sanzionatoria, che ci fanno ormai parlare di un vero e proprio "sistema sanzionatorio contabile". Tali fattispecie di responsabilità amministrativa, devolute alla cognizione del giudice contabile, sicuramente non hanno natura risarcitoria in quanto non sono collegate ad una fattispecie di danno, ma sono costruite come fattispecie di sanzioni: di qui l'esigenza di operare non solo una attenta ricognizioni di tali fattispecie di responsabilità sanzionatoria devolute alla cognizione del giudice contabile, ma anche di collocare le stesse nel più generale sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 103, comma 2, della Costituzione.

Iniziando dalla ricognizione delle fattispecie, va detto che l'ordinamento, ancor prima delle recenti fattispecie previste dalla legge finanziaria per il 2003 (art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289) e dalla legge finanziaria per il 2008 (art. 3, comma 56 e 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008), già conosceva una fattispecie di responsabilità sanzionatoria, come quella prevista dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. n. 1214/1934, in materia di conti giudiziali. In particolare, l'art. 45 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (recante "Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti"), dopo aver stabilito, al comma 1, che *"la presentazione del conto costituisce l'agente dell'amministrazione in giudizio"*, stabilisce, al comma 2, che *"il giudizio può essere iniziato dietro istanza del pubblico ministero per decreto della competente sezione, da notificarsi dall'agente,*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

con la fissazione di un termine a presentare il conto nei casi: a) di cessazione degli agenti dell'amministrazione del loro ufficio; b) di deficienze accertate dall'amministrazione; c) di ritardo a presentare i conti nei termini stabiliti per legge o per regolamento" (art. 45, comma 2, R.D. n. 1214/1934). L'art. 46 dello stesso R.D. n. 1214/1934 stabilisce, poi, che *"spirato il termine stabilito dalla Corte, questa, citato l'agente dell'amministrazione ad istanza del pubblico ministero, può condannarlo a ragione della mora, ad una pena pecuniaria non maggiore della metà degli stipendi, degli aggi e delle indennità al medesimo dovute, e quando esso non goda di stipendi, di aggi e di indennità può condannarlo al pagamento di una somma non maggiore di lire 2 milioni"* (art. 46, comma 1, R.D. n. 1214/1934). *"Nel caso che l'agente persista nella sua renitenza a dare il conto* – stabilisce, poi, il comma 3 dello stesso art. 46 - *questo, per decreto della Corte, ad istanza del pubblico ministero, sarà fatto compilare a spese dell'agente"* (art. 46, comma 3, R.D. n. 1214/1934).

Come è stato affermato dalla giurisprudenza (cfr. Corte dei conti – Sez. giur. Regione Molise, 4 novembre 2005, n. 126), la fattispecie della responsabilità amministrativa per omessa o ritardata presentazione del conto giudiziale di cui alla citate disposizioni ipotizza sicuramente una particolare fattispecie di responsabilità sanzionatoria che, pur rientrando nella giurisdizione della Corte dei conti, non induce certamente a ritenere, sul piano teorico ricostruttivo, che la responsabilità amministrativa abbia, in via generale, una connotazione sanzionatoria piuttosto che risarcitoria.

Altra fattispecie di responsabilità amministrativa di natura sicuramente sanzionatoria è, poi, quella prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), il quale prevede che *"qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli"*, aggiungendo, nella seconda parte della norma, che *"le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione"* (art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289).

Come è stato detto nella sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, con tale disposizione il legislatore, a fronte del ricorso all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'art. 119 della Costituzione, ha previsto, quindi, una duplice sanzione: da un lato, ha sancito, sul piano oggettivo, e civili-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

stico, la nullità degli atti e contratti relativi all'indebitamento, dall'altro, ha introdotto, sul piano soggettivo, e cioè, sul piano della responsabilità dei soggetti che abbiano deliberato il ricorso all'indebitamento in violazione del predetto divieto, una sanzione pecuniaria pari a un multiplo dell'indennità di carica percepita. Come è dato rilevare dal testo della disposizione in esame, in essa si fa espresso riferimento all'art. 119, sesto comma, della Costituzione (come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) nella parte in cui, per l'appunto, sancisce che *"i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni (...) possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento"*. Il principio, elevato nel 2001 al rango di norma costituzionale, e il cui bene-valore tutelato è agevolmente individuabile negli "equilibri di bilancio", e finalizzato sostanzialmente al contenimento dell'indebitamento, ritenuto – evidentemente – una delle cause primarie degli squilibri di bilancio, consentendolo "solo per finanziare spese di investimento", era in realtà già presente nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali approvato con il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che all'art. 202, comma 1, prevedeva, appunto, che *"il ricorso all'indebitamento (..) è ammesso esclusivamente nelle forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti"* (la norma rappresenta, peraltro, la trasposizione nel testo unico del previgente art. 44, comma 1, del d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77).

Nell'originaria previsione del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, tuttavia, sussisteva una importante deroga al suddetto divieto, essendo consentito l'indebitamento come *extrema ratio* per far fronte ai "debiti fuori bilancio" riconosciuti come legittimi (cfr. art. 194, co. 1, in combinato disposto con il comma 3 dello stesso art. 194 e con il citato art. 202). Dopo la citata riforma costituzionale, essendo venuta meno tale deroga, il legislatore è dovuto nuovamente intervenire per meglio definire (e in qualche misura mitigare) l'ambito temporale di applicazione del divieto in discorso, chiarendo che *"per il finanziamento di spese di parte corrente, il comma 3 dell'articolo 194 del citato testo unico (..) si applica limitatamente alla copertura dei debiti fuori bilancio maturati anteriormente alla data di entrata in vigore"* della citata legge costituzionale, e cioè all'8 novembre 2001 (art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 - legge finanziaria 2002).

L'ambito soggettivo di applicazione della norma, mediante l'individuazione dei soggetti interessati al divieto, nonché le nozioni di "indebitamento" e di "investimento", sono state poi precisate dall'art. 3, commi 16 e seguenti, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004). Con l'art. 5 del d.l. 29 marzo 2004, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2004, n. 140, il legislatore ha ribadito il vincolo in parola anche

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

con riferimento agli enti dissestati, prevedendo che le disposizioni del d.lgs. n. 267/2000 "*che disciplinano l'assunzione di mutui per il risanamento dell'ente locale dissestato, nonché la contribuzione statale sul relativo onere di ammortamento non trovano applicazione nei confronti degli enti locali che hanno deliberato lo stato di dissesto finanziario a decorrere"* dall'8 novembre 2001. Preme ricordare, peraltro, che allo stato della vigente legislazione posta a tutela della finanza pubblica, il rispetto del suddetto divieto di indebitamento, insieme al rispetto del c.d. "patto di stabilità interno", rappresenta un elemento di centrale rilevanza *"ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica"* (cfr. art. 1, commi 166 e 167, legge 23 dicembre 2005, n. 266 – legge finanziaria 2006).

Così ricostruito il contesto normativo di riferimento della disposizione di cui all'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, va anche rilevato come la stessa configuri una particolare fattispecie di responsabilità sanzionatoria che differisce e va tenuta nettamente distinta dalla ordinaria responsabilità amministrativa-contabile "per danno" di tipo risarcitorio, di cui solitamente conosce il giudice contabile. In proposito giova considerare, infatti, che la potenziale lesione degli equilibri di bilancio, che trova sanzione nella norma in commento, prescinde dal verificarsi di un "danno" risarcibile in senso proprio; peraltro, i due profili (quello sanzionatorio e quello risarcitorio), pur restando divisi, possono tuttavia coesistere, qualora, in conseguenza della violazione del vincolo costituzionale, venga a verificarsi per l'amministrazione pubblica anche un danno patrimonialmente valutabile (cfr., *in terminiis*, Sez. giur. Lazio, 20 dicembre 2005, n. 3001). Mentre, infatti, la responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio di cui solitamente conosce la Corte è finalizzata al risarcimento del danno patrimoniale subìto dall'amministrazione pubblica in relazione alla violazione di obblighi di servizio, nella fattispecie in parola la violazione del vincolo costituzionale di cui all'art. 119, sesto comma, della Costituzione, viene sanzionata a prescindere dalla produzione di un danno, avendo il legislatore ritenuto meritevole di particolare protezione la regola dell'equilibrio di bilancio anche quando la sua violazione non comporti un danno attuale e concreto valutabile economicamente, ma soltanto il pericolo di disequilibri che incidano negativamente sulla stabilità della finanza pubblica nel suo complesso. In considerazione di ciò, è irrilevante - ai fini della irrogazione della sanzione - che la violazione del divieto costituzionale abbia cagionato un danno, tenuto conto, altresì, che la sanzione è commisurata a parametri certi (le indennità percepite dagli amministratori al momento della violazione) ed è irrogabile, nei limiti minimo e massimo individuati dalla legge stessa, in ragione della mera potenzialità lesiva insita nella violazione del vin-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

colo costituzionale di cui all'art. 119, sesto comma, della Costituzione. In considerazione di ciò, questo particolare tipo di responsabilità amministrativa (quella sanzionatoria) - al contrario della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio, che non può sussistere se non in presenza di un danno risarcibile - non implica necessariamente la sussistenza di un danno patrimoniale, in quanto, essendo di tipo sanzionatorio e non risarcitorio, può sussistere pur allorquando non si sia verificato alcun danno patrimonialmente rilevante per le finanze dell'ente di appartenenza dell'amministratore o del dipendente pubblico che abbia violato il precetto previsto dalla legge, e a cui la legge stessa riconnette l'applicazione di una sanzione. Ciò è a dire che, ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio non occorre, da parte del giudice, verificare la sussistenza di un danno ingiusto risarcibile, non essendo, appunto, una forma di responsabilità per danno, ma è necessario che si accerti la mera violazione del precetto previsto dalla legge, oltre, ovviamente, l'elemento psicologico. È evidente, peraltro, che, ove quella stessa condotta illecita dovesse cagionare un danno patrimoniale, economicamente valutabile, la fattispecie comporterebbe altresì la responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio, che - come è noto - è configurata dal legislatore mediante il ricorso ad una clausola generale, secondo cui la responsabilità discende dall'aver cagionato un danno patrimoniale all'amministrazione pubblica, in violazione degli obblighi di servizio e con comportamenti omissivi o commissivi connotati dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

Come hanno affermato le Sezioni Riunite della Corte dei conti nella ricordata sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, *"la sanzione in parola si inquadra in quel sistema tipizzato di fattispecie di responsabilità sanzionatoria che si è venuto delineando, negli ultimi anni, mediante la previsione, sul piano legislativo, di fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo-contabili, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatoria già conosciute dall'ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti, (..) che stanno dando luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile (cfr. Sez. giur. Umbria, 8 maggio 2007, n. 128) che si affianca, nella tutela delle risorse pubbliche, al sistema tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni. Il fatto che la sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002 configuri una particolare fattispecie di responsabilità sanzionatoria devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti* – hanno affermato ancora le Sezioni Riunite - *non deve indurre, peraltro, a ritenere, sul piano teorico ricostruttivo, che la responsabilità amministrativa abbia, in via generale, una connotazione sanzionatoria piuttosto che risarcitoria. Ed infatti, fermo restando che la responsabi-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

lità amministrativa per danno ha, in via generale, sicuramente natura risarcitoria, il fatto che quella prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002 configuri una particolare fattispecie di responsabilità sanzionatoria non solo non costituisce argomento decisivo per ritenere, sul piano teorico ricostruttivo, che la responsabilità amministrativa abbia, in via generale, una connotazione sanzionatoria piuttosto che risarcitoria, ma induce, per contro, a ritenere che, alla luce dell'ordinamento vigente, la stessa (la responsabilità di tipo sanzionatorio) è sicuramente compatibile, nel sistema delle responsabilità devolute alla cognizione della Corte dei conti, con la stessa responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio" (cfr. Corte dei conti – Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

Come si è detto sopra, la tendenza del legislatore a prevedere fattispecie tipizzate, e quindi di natura sanzionatoria, di responsabilità amministrativa, ha ricevuto un ulteriore spinta con l'ultima legge finanziaria, dove, con disposizioni, invero, alquanto contraddittorie ed asistematiche, sono state previste delle fattispecie di responsabilità che, pur mediante un esplicito riferimento alla responsabilità erariale, non configurano certamente una forma di responsabilità per danno di tipo risarcitorio, ma sembrano identificare, piuttosto, delle ulteriori fattispecie di responsabilità sanzionatoria, che difettano, tuttavia, della chiara ed espressa previsione della sanzione come pure richiederebbero alla luce dell'art. 25 della Costituzione in forza di quanto sopra si è detto. A tale riguardo, vengono in rilievo, in particolare, le seguenti fattispecie di responsabilità:

a) la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 54, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), la quale, nel modificare l'art. 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e nel prevedere che le pubbliche amministrazioni *"sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti (di conferimento di incarichi a soggetti estranei all'amministrazione - nda) completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato"*, stabilisce espressamente che *"in caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto"* (art. 3, comma 54, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008);

b) la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 56, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), dove si prevede una forma di "responsabilità erariale" nel caso in cui l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione avvenga in violazione delle disposizioni regolamentari che

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

gli enti locali sono tenuti ad adottare ai sensi dello stesso comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008 (art. 3, comma 56, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008);

c) la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 59, della stessa legge finanziaria 2008, dove la norma, nel prevedere *"la nullità del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile"*, e che *"i contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008"*, si stabilisce espressamente che *"in caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo"* (art. 3, comma 59, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008);

d) la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 79, della stessa legge finanziaria 2008, dove la norma, nel prevedere la sostituzione dell'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel prevedere al comma 11 di tale articolo, che *"le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate"*, che *"le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università"*, e che *"gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296"*, stabilisce espressamente che *"l'utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto"*, e che *"la violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento"* (art. 3, comma 59, legge 24 dicembre 2007, n. 244 – legge finanziaria 2008).

Relativamente a tali fattispecie non può non osservarsi che le stesse ingenerano non pochi dubbi in ordine alla natura della responsabilità amministrativa da esse prevista, essendo pacificamente riconosciuto che, affinché i com-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

portamenti "sanzionati" possano dare luogo alla responsabilità amministrativa, è in ogni caso necessario che essi determinino un danno patrimoniale ingiusto, concreto ed attuale per le finanze dell'ente di appartenenza, e che il comportamento dei dirigenti a cui le norme stesse si riferiscono sia comunque connotato dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

4. I profili di costituzionalità della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio e della responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio: le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti

Alla luce di quanto si è fin qui detto, appare opportuno, a questo punto, operare la ricostruzione delle fattispecie di responsabilità sanzionatoria devolute alla cognizione del giudice contabile nel più generale sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 103, comma 2, della Costituzione.

In proposito giova considerare che l'art. 103, comma 2, della Costituzione, nel prevedere e disciplinare la giurisdizione della Corte dei conti, prevede espressamente che *"la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"*, così attribuendo alla giurisdizione del giudice contabile non solo, in via generale, la responsabilità amministrativa per danno, e quindi di tipo risarcitorio, generica, nel senso di responsabilità non tipizzata, che trova comunque la sua fonte *"nelle materie di contabilità pubblica"* (prima parte della disposizione di cui all'art. 103, comma 2, Cost.), ma anche, in via speciale, le altre fattispecie di responsabilità di tipo non risarcitorio, quali possono essere, appunto, le fattispecie di responsabilità sanzionatoria come quella prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, o come quella prevista dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e che trovano la loro fonte e la loro previsione, a livello costituzionale, *"nelle altre (materie - ndr) specificate dalla legge"* (seconda parte della disposizione di cui all'art. 103, comma 2, Cost.), o addirittura nella stessa prima parte della stessa disposizione costituzionale, disciplinando essa comunque un istituto – come quello del divieto di indebitamento - sicuramente rientrante *"nelle materie di contabilità pubblica"*.

Così ricostruito, sul piano teorico e a livello costituzionale, il quadro di riferimento della responsabilità amministrativa per danno, di tipo risarcitorio, e la responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio, è appena il caso di osservare che le stesse sono entrambe riconducibili alla più generale categoria della responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti pubblici devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti, in quanto compatibili –

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

come si è detto - non solo sul piano normativo, e segnatamente a livello costituzionale, ma anche sul piano concettuale, fermo restando che esse hanno natura e disciplina normativa diversa. Ed infatti, mentre la prima (la responsabilità amministrativa per danno, di tipo risarcitorio), è – come si è detto – un tipo di responsabilità generica, nel senso che non è tipizzata né nei comportamenti, né nella quantificazione dell'addebito – né potrebbe esserlo - e che, in quanto risarcitoria, si configura, come è noto, ogni qualvolta vi sia un danno patrimoniale risarcibile, economicamente valutabile, attuale e concreto, sofferto dall'amministrazione pubblica, sempreché il comportamento omissivo o commissivo del soggetto, o dei soggetti, a cui il danno è ricollegabile sia connotato dall'elemento psicologico del dolo o della colpa grave, la seconda (la responsabilità amministrativa sanzionatoria) è un tipo di responsabilità amministrativa che non può essere generica, ma tipizzata, in quanto, essendo di tipo sanzionatorio, le relative fattispecie devono necessariamente corrispondere ai parametri costituzionali di cui al summenzionato art. 25 della Costituzione, e cioè, al principio di stretta legalità nella molteplice accezione della tipicità, della tassatività (nel senso che le fattispecie legali non sono suscettibili di interpretazione analogica), della determinatezza, e della specificità (nel senso che la legge deve molto puntualmente indicare ogni elemento dell'intera fattispecie sanzionatoria, e cioè, sia con riferimento al precetto che alla sanzione).

5. La giurisprudenza della Corte dei conti relativa alle fattispecie di responsabilità sanzionatoria affidate alla cognizione del giudice contabile

Relativamente alla fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del R.D. n. 1214/1934, in materia di conti giudiziali, la Sezione giurisdizionale per la Regione Molise, con sentenza 4 novembre 2005, n. 126, ha affermato che *"la fattispecie della responsabilità amministrativa per omessa o ritardata presentazione del conto giudiziale di cui alla citate disposizioni ipotizza sicuramente una particolare fattispecie di responsabilità sanzionatoria che, pur rientrando nella giurisdizione della Corte dei conti, non induce certamente a ritenere, sul piano teorico ricostruttivo, che la responsabilità amministrativa abbia, in via generale, una connotazione sanzionatoria piuttosto che risarcitoria"* (Sez. giur. Regione Molise, 4 novembre 2005, n. 126), La Sezione Molise ha altresì operato una analitica distinzione fra responsabilità risarcitoria per danno e responsabilità sanzionatoria, distinguendo molto chiaramente fra i due tipi di responsabilità, e precisando che anche la fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) è

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

una responsabilità amministrativa tipizzata a carattere sanzionatorio.

Con riferimento specifico alla fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), le prime pronunce giurisprudenziali hanno assunto posizioni decisamente discordi. A parte la sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, la questione è stata finora affrontata da sei decisioni, e precisamente:

- Sez. giur. Lazio, sent. n. 3001 del 20 dicembre 2005: si discuteva della legittimità della deliberazione di finanziare con mutuo un debito fuori bilancio (riveniente da sentenza esecutiva); la sanzione non è stata irrogata per tre motivi: a) si è ritenuto che il debito non fosse maturato anteriormente alla riforma costituzionale; b) il mutuo non era stato effettivamente concesso; c) in ogni caso, l'errore è stato considerato "scusabile";
- Sez. giur. Sicilia, sent. n. 2376 del 7 agosto 2006: in relazione ad un interest rate *swap* con *cap* ed *up-front*, si è ritenuto che la violazione non fosse sussistente, in considerazione delle peculiarità dell'operazione "nel suo complesso" valutata;
- Sez. giur. Toscana, sent. n. 609 del 31 ottobre 2006: a fronte del finanziamento di un debito fuori bilancio con ricorso al mutuo, la Sezione non soltanto ha irrogato la sanzione in parola a carico del sindaco, ma lo ha contestualmente condannato, insieme al responsabile dei servizi finanziari e al segretario comunale, a risarcire un concomitante danno erariale quantificato in misura pari agli interessi passivi previsti nel piano d'ammortamento del mutuo illegittimamente stipulato;
- Sez. giur. Sicilia, sent. n. 3198 del 7 novembre 2006: in un'ipotesi assai simile a quella vagliata dalla Sezione Lazio, si è viceversa concluso per la condanna degli amministratori deliberanti;
- Sez. giur. Marche, sent. n. 151 del 14 marzo 2007: si è ravvisato l'errore scusabile in capo agli amministratori che avevano deliberato, sulla scorta di conformi pareri tecnici, la devoluzione di un precedente mutuo a copertura di spese delle quali non era di agevole percezione la qualificazione (in particolare, si trattava di interessi passivi relativi a spese di investimento);
- Sez. giur. Umbria, sent. n. 128 dell'8 maggio 2007: è stata dichiarata inammissibile la richiesta di condanna della Procura, perché non preceduta dall'invito a dedurre.

Da ultimo, è intervenuta la sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, a cui la Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 217/2007 del 19 luglio 2007, aveva chiesto di pronunciarsi su una questione di massima articolata nei seguenti connessi, ma distinti, quesiti:

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

a) il tipo di procedimento giurisdizionale da seguire per applicare la sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003);

b) il titolo soggettivo di imputazione della sanzione, e, in particolare, se sia sufficiente la colpa lieve o se sia necessaria la colpa grave, oltre che il dolo;

c) se vi sia necessità di portare ad esecuzione la delibera di contrarre un mutuo con la stipula del relativo contratto;

d) se, nel caso di delibera per far fronte ad una sentenza esecutiva di condanna emessa successivamente al 7 novembre 2001 ma relativa a fatti accaduti precedentemente alla predetta data, il debito debba ritenersi "maturato" con il deposito della sentenza di condanna stessa o con il momento – antecedente – in cui l'ente, soggetto passivo dell'obbligazione pecuniaria, avrebbe dovuto eseguire la controprestazione;

e) se il destinatario dell'introito della sanzione pecuniaria sia lo Stato o l'ente di appartenenza degli amministratori che hanno adottato la delibera.

6. Aspetti particolari della fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002: la condotta e l'evento

Un profilo di primaria importanza e grande delicatezza su cui si è registrato un aperto contrasto giurisprudenziale, è quello relativo alla struttura dell'illecito: non v'è accordo, infatti, sulla sufficienza della sola delibera consiliare - che per qualsivoglia motivo sia rimasta ineseguita - ad integrare la violazione.

La Sezione Lazio, in particolare, nello stabilire quali siano i comportamenti confliggenti con il divieto posto dall'art. 119 Cost., ha ritenuto insufficiente, di per sé sola, la mera adozione della delibera, ritenendo necessaria anche l'esecuzione della stessa (richiedendo, in altri termini, che l'indebitamento si realizzi). Per tal via, la Sezione ha ritenuto non sanzionabili i consiglieri che deliberarono l'accensione di un mutuo non concesso dalla Cassa Depositi e Prestiti, proprio perché ritenuto da questa incompatibile con l'art. 119 Cost.. Così motiva, sul punto, la Sezione Lazio: *"(...) nessun dubbio sussiste sul fatto che la violazione del divieto costituzionale trovi il suo momento genetico nell'adozione dell'atto deliberativo con il quale gli amministratori di un ente territoriale stabiliscano di dare copertura a spese di parte corrente non con entrate ordinarie, bensì mediante indebitamento. Ed, infatti, la disposizione recata dal ripetuto art. 30, comma 15, prevede che la sanzione pecuniaria venga irrogata nei confronti degli amministratori che assunsero la delibera e rapporta la sanzione all'indennità di carica percepita al momento della commissione della violazione; momento che non può essere in-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dividuato in altro che nell'adozione della delibera. È altrettanto indubbio, peraltro, che in ipotesi del genere l'indebitamento non dovrebbe, di regola, concretizzarsi, tenuto conto che la norma in discussione - contestualmente alla previsione della sanzione pecuniaria - commina la nullità dei "relativi atti e contratti"; nullità che rende inefficaci ed improduttivi di ogni effetto sia la delibera di ricorso al finanziamento sia il contratto stipulato con l'ente erogatore del finanziamento. Tali circostanze inducono a ritenere che la disposizione intenda sanzionare la condotta degli amministratori che, agendo in dispregio dei vincoli costituzionali, pongano l'ente territoriale in una situazione di pericolo, quale è quella che si verifica quando vengano minacciati gli equilibri di bilancio dell'ente stesso, così come voluti ed imposti dal legislatore nazionale a tutela degli equilibri più generali della finanza pubblica; equilibri che sono stati costituzionalmente definiti anche in termini di pareggio tra entrate e spese di parte corrente. Ma se così è, ritiene il Collegio che la situazione di pericolo si verifichi non nel momento in cui viene adottata la delibera, bensì nel momento in cui la delibera viene portata ad esecuzione; è, infatti, solo in questo momento che il pericolo di squilibrio del bilancio diviene concreto. Diversamente opinando, la sanzione dovrebbe essere applicata in ogni caso e comunque, anche quando, ad esempio, la delibera venga revocata dagli stessi amministratori che l'adottarono; con la conseguenza che la norma verrebbe ad essere intesa in senso talmente formalistico da non tenere conto neppure della complessità dell'agire amministrativo. Va, del resto, considerato che, aderendo all'interpretazione più rigorosa della norma (..), si perverrebbe all'esito di sanzionare non tanto il pericolo dello squilibrio di bilancio, quanto il rischio che si verifichi una situazione di pericolo; il che - per le ragioni dianzi evidenziate - non appare conforme alla ratio della norma all'esame. Né può dirsi che detta interpretazione sia la più aderente alla lettera della legge. Al riguardo si rileva che la disposizione contiene la previsione di due reazioni alla violazione del divieto costituzionale: sanzioni oggettive, consistenti nella comminatoria di nullità dell'atto deliberativo e del contratto di finanziamento; sanzioni personali, consistenti nella irrogazione di una pena pecuniaria a carico dei trasgressori. Tali reazioni appaiono strettamente correlate l'una all'altra, tanto che la sanzione pecuniaria sembra configurarsi quale conseguenza ulteriore rispetto alla nullità degli atti (…i relativi atti e contratti sono nulli … Le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria…). Inoltre, le sanzioni sono espressamente collegate al ricorso all'indebitamento ("Qualora gli enti locali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quel-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le di investimento") e, quindi, appaiono testualmente riferite all'ipotesi in cui sia stata portata a compimento un'operazione di accensione di mutuo o di finanziamento di altro genere; operazione che inizia con l'atto deliberativo ma che si perfeziona solo quando il finanziamento sia stato concesso da parte dell'ente mutuante" (Sez. giur. Lazio, sent. n. 3001 del 20 dicembre 2005).

Su una posizione simile si è attestata la Sezione Toscana la quale, dopo aver premesso che *"gli illeciti sottoposti alla giurisdizione contabile in generale, e comunque quello di cui all'art.30/15° cit., hanno natura di illeciti di evento e non di mera condotta"*, ha osservato che *"sebbene la norma faccia espresso riferimento alla responsabilità di coloro che adottarono la delibera, ciò vale esclusivamente al fine di identificare coloro che della violazione debbono rispondere per avere dato luogo a quell'evento (la concreta contrazione dell'indebitamento) che costituisce la "violazione" (v. art.1/1° L.689/1981) la cui effettiva verificazione soltanto giustifica ed impone (conformemente alla lettera della norma:"Qualora gli enti locali ricorrano all'indebitamento…") l'irrogazione della sanzione"* (Sez. giur. Toscana, sent. n. 609 del 31 ottobre 2006).

L'impostazione appena richiamata non trova invece concorde la Sezione Sicilia, la quale ha giudicato irrilevante la circostanza che alla deliberazione non abbia fatto seguito la stipulazione del contratto di prestito; si è negato che, in mancanza di indebitamento, la condotta posta in essere possa essere considerata inoffensiva perché inidonea a determinare un concreto pericolo di squilibrio di bilancio per l'ente.

La tesi della sezione siciliana prende le mosse dalla natura della fattispecie contemplata dall'art. 30, in esame, che a loro avviso non introduce una peculiare ipotesi di danno erariale, ma crea una fattispecie sanzionatoria volta a reprimere condotte pericolose per gli equilibri della finanza pubblica e per la sana gestione finanziaria, in altri termini volta a dare effettività, mediante l'introduzione di misure repressive dei comportamenti antigiuridici, alla previsione costituzionale che ha introdotto vincoli stringenti all'indebitamento degli enti territoriali. Ne discende che il vaglio giudiziale sulla sua applicabilità esula dall'usuale contesto di riferimento, cioè quello delle fattispecie di responsabilità amministrativa, collocandosi piuttosto in quello degli illeciti amministrativi; in questa prospettiva, la mancata stipulazione del mutuo non costituisce un elemento ostativo alla consumazione dell'illecito ed alla conseguente irrogazione della sanzione. Così motiva, in particolare, la Sezione giurisdizionale della Regione Siciliana: *"La condotta sanzionata è chiaramente delineata dalla norma e consiste nella assunzione della delibera con la quale si dispone di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese diverse da*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

quelle di investimento. Nessun elemento della fattispecie consente di dar rilievo a fatti ulteriori rispetto alla condotta tipizzata. La sterilizzazione degli effetti degli atti e contratti connessi e consequenziali alla decisione di ricorso all'indebitamento, operata attraverso la qualificazione degli stessi come «nulli», rappresenta una misura di salvaguardia coerente con la finalità della norma e in nessun modo interferente con la diversa questione della punibilità degli amministratori che quell'indebitamento avevano concorso a deliberare. In altri termini, la norma in esame, per come è congegnata, è destinata ad operare proprio in situazioni nelle quali manca una lesione concreta e duratura del bene giuridico tutelato: vuoi perché alla decisione di far ricorso all'indebitamento non è seguita la stipulazione del contratto di finanziamento per desistenza dei medesimi amministratori dal dare ulteriore seguito alla delibera o per il fatto del terzo (mancanza del consenso all'operazione del finanziatore) vuoi perché, nonostante l'esecuzione della delibera, gli effetti dell'operazione sono neutralizzati dalla dichiarazione legale di nullità. La previsione dunque anticipa, per una scelta di politica legislativa che non pare in alcun modo eccedere i limiti della ragionevolezza, la reazione sanzionatoria consentendo la repressione di condotte pericolose pur sempre apprezzabili sul piano della materialità. Da ciò consegue che la non esecuzione della delibera e, dunque, la mancata stipulazione del contratto di mutuo rappresentano dei post-fatti irrilevanti ai fini della configurabilità dell'illecito. Detta irrilevanza persiste anche ove si accedesse alla diversa prospettazione difensiva secondo la quale l'interruzione dell'iter attuativo della delibera consiliare avrebbe reso inoffensiva la condotta. In proposito, non può essere ignorato che la condotta in esame, per quanto già detto, integra un illecito catalogabile tra quelli cc.dd. di pericolo presunto o astratto. Rispetto a tale categoria di illeciti, la valutazione della concreta offensività della condotta è preclusa dalla natura stessa della fattispecie: è il legislatore che, nel legittimo esercizio delle sue prerogative, ha valutato l'idoneità offensiva del comportamento e cristallizzato tale apprezzamento nella condotta tipizzata nella norma. Ogni approfondimento ulteriore, volto a verificare l'esistenza di un pregiudizio al bene giuridico tutelato ed il superamento della soglia oltre la quale un comportamento può qualificarsi come offensivo, oltre che risolversi in una arbitraria operazione interpretativa in quanto svolta praeter legem, si porrebbe in frontale contrasto con il precetto legislativo che non ha subordinato l'irrogazione della sanzione al raggiungimento di un livello di lesione minimo" (Sez. giur. Sicilia, sent. n. 3198 del 7 novembre 2006).

L'orientamento della Sezione Sicilia è stato poi condiviso dalla Sezione giurisdizionale per la Regione Marche, secondo cui *"la mancata stipulazione*

di apposito mutuo non costituisce un elemento ostativo alla realizzazione dell'illecito dal momento che la condotta sanzionata è chiaramente delineata dalla norma e consiste nella assunzione della delibera con la quale si dispone di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento". Ciò nel presupposto che *"la deliberazione di un mutuo o l'assunzione di altre forme di indebitamento, quali l'utilizzo di residui di mutui, per finanziare spese diverse da quelle produttive, costituisce ex se grave pregiudizio per la salvaguardia degli equilibri di bilancio e della sana gestione finanziaria dell'ente e pertanto va censurata"* e che *"la previsione di una sanzione, come quella di cui trattasi, ha lo scopo di indurre gli organi rappresentativi ad essere più attenti nell'assumere provvedimenti di rilievo finanziario ed a valutare i riflessi che la scelta di indebitamento può provocare sulle future generazioni"* (Sez. giur. Marche, sent. n. 151 del 14 marzo 2007).

Da ultimo, la necessità dell'effettivo indebitamento dell'ente per configurare la violazione in parola è stata riaffermata dalla Sezione giurisdizionale per la Regione Umbria, la quale, pur avendo riconosciuto che la figura di illecito in esame è posta *"a salvaguardia di beni–valori che assumono un rilievo sociale e politico-istituzionale di primissimo piano, così da escludere ogni possibile lesione in astratto del principio di offensività"*, ha comunque osservato che *"una eventuale lesione del principio stesso potrebbero discendere invece, in via applicativa-interpretrativa, dalla individuazione del momento consumativo dell'illecito medesimo (c.d. offensività in concreto)"*. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, la Sezione umbra ha concluso che *"evidenti esigenze di garanzia, conformi allo spirito stesso del principio di offensività, portano a ritenere che l'illecito in discorso si consumi non già con la mera "assunzione della delibera di indebitamento", ex art. 30, comma 15 seconda parte, della l. n. 289/2002 (..), ma con l'esecuzione di tale delibera e, dunque, con il reale "indebitamento dell'ente", ex citato art. 30, comma 15, prima parte (..)"* (Sez. giur. Umbria, sent. n. 128 dell'8 maggio 2007).

Sul punto le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, nel risolvere il contrasto fra la Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana (sentenza n. 3198/2006) e la Sezione Marche (sentenza n. 151/2007) – che hanno ritenuto che, per applicare la sanzione, è sufficiente la semplice adozione della delibera a contrarre un mutuo per far fronte a spese diverse da quelle di investimento, e ciò nella considerazione che la norma de qua, stante la sua formulazione, non richiede alcun elemento aggiuntivo ed è tesa a salvaguardare gli equilibri di bilancio e la sana gestione finanziaria dell'ente, beni meritevoli di particolare ed anticipata protezione – e la Sezione Lazio (sentenza n. 3001/2005) e la Sezione Umbria

(sentenza n. 128/2007) – che, argomentando dal principio di offensività, hanno sostenuto, per contro, che la delibera di indebitamento debba essere posta ad esecuzione, con la stipula del relativo contratto – hanno affermato che *"ai fini della integrazione della fattispecie sanzionatoria in parola sia necessario che la delibera di contrarre un mutuo venga portata ad esecuzione mediante la stipula del relativo contratto, non essendo sufficiente, al fine suddetto, la sola adozione della delibera di contrarre il mutuo".*, affermando conclusivamente che *"in conformità al c.d. principio di "offensività in concreto" (cfr. Sez. giur. Umbria, n. 128/2007), che la fattispecie sanzionatoria in parola si consumi non già con la mera "assunzione della delibera di indebitamento", ma con l'effettiva esecuzione di tale delibera e, dunque, con la stipula del relativo contratto e con il conseguente reale "indebitamento dell'ente""* (Corte dei conti - Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

7. Aspetti particolari della fattispecie di responsabilità sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002: l'elemento psicologico

Un altro punto nevralgico della fattispecie in parola riguarda il grado di colpa richiesto ai fini dell'irrogazione della sanzione in capo agli amministratori. In argomento, si oscilla tra il ritenere necessaria la "colpa grave" e il ritenere sufficiente una qualsiasi colpa, seppur lieve o "lievissima" (secondo i principi generali in materia di sanzioni amministrative, di cui all'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689). Anche in merito all'eventuale ricorrenza dell'errore incolpevole sul fatto e dell'ignoranza inevitabile della norma di diritto (cioè quell'errore sulla portata della legge in cui il trasgressore sia stato ragionevolmente indotto da atti ufficiali dell'amministrazione o dall'obiettiva impossibilità di interpretare correttamente il dettato normativo), pur partendo da premesse condivise in diritto, i diversi Collegi giudicanti hanno assunto, in concreto, diversi orientamenti.

Sul punto si sono registrate le seguenti posizioni.

La Sezione Lazio (sent. 3001/2005), nel ritenere superflua ogni indagine sulla "gravità" della colpa, così argomenta: *"Al riguardo si osserva, innanzitutto, che non appare consono ritenere che, anche per detta fattispecie sanzionatoria, debba applicarsi la limitazione alla colpa grave prevista per la comune responsabilità amministrativa. Sul punto è sufficiente rilevare che quella limitazione trova ragione nel fatto che la responsabilità amministrativa è costruita su una clausola generale e, quindi, estremamente varie sono le possibili condotte antigiuridiche e le possibili fattispecie lesive per l'erario; per tale ragione, il legislatore ha ritenuto - nella sua discrezionali-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tà - di limitare la reazione dell'ordinamento agli illeciti più gravi, nel timore che la prospettiva di una responsabilità anche per violazioni commesse per mera colpa possa costituire un disincentivo allo svolgimento dell'attività amministrativa. Tale esigenza non sussiste nel caso all'esame, tenuto conto che si tratta di una fattispecie di responsabilità tipizzata dalla legge stessa. A ciò si aggiunga che il limite della colpa grave sarebbe in contraddizione con la possibilità che la sanzione pecuniaria venga comminata entro i limiti minimo e massimo previsti dalla legge, essendo evidente che uno dei parametri principali per la modulazione della sanzione è proprio quello di adeguare la sanzione stessa alla maggiore o minore gravità della violazione; scopo che sarebbe pressoché vanificato ove si intendesse che - pur nel silenzio della legge - dovessero restare impunite le condotte meramente colpose" (Sez. giur. Lazio, sent. n. 3001 del 20 dicembre 2005).

In merito al grado della colpa, la Sezione Sicilia (sent. 3198/2006) si pone in piena sintonia con i precedenti laziale e toscano, prescindendo dal requisito della "gravità". In argomento, è ritenuta dirimente la constatazione che l'art. 30, comma 15, in discorso non è annoverabile tra le fattispecie di responsabilità amministrativa, bensì tra gli illeciti amministrativi, con la conseguenza che non può operare la previsione di cui all'art. 1 della legge 20/1994, secondo la quale l'azione di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti è limitata ai fatti commessi (almeno) con colpa grave. Ha osservato al riguardo il Collegio:

"Posto che l'elemento soggettivo costituisce uno degli elementi indispensabili per configurare l'illecito, la lacunosità sul punto della previsione contenuta nell'art. 30, comma 15, impone di ricercare altrove una disciplina che fornisca i parametri per il suo apprezzamento.

Nell'ordinamento del settore in cui opera la previsione dell'art. 30, comma 15, o di settori contigui, non sono rinvenibili disposizioni di carattere generale concernenti l'elemento soggettivo che si prestano ad essere esportate in questa sede. L'unica norma che presenta una forza espansiva tale da imporsi anche in relazione al caso in esame è dunque l'art. 3, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, che prevede che «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Tale disposizione è in grado di travalicare i confini dello specifico ambito nel quale è prevista in forza della previsione dell'art. 12 della medesima legge 689/1981 che estende la portata delle disposizioni del suo Capo I (nel quale è collocato l'art. 3 sopra citato) a tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro" (Sez. giur. Sicilia, sent. n. 3198 del 7 novembre 2006).

A differenza della Sezione giurisdizionale Lazio, tuttavia, la Sicilia ha as-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sunto una posizione di particolare rigore in punto di "scusabilità" dell'errore, negando – pur in presenza di favorevoli pareri rilasciati dagli organi tecnici del Comune – la sussistenza dell'esimente in capo ai consiglieri; il Collegio ha ritenuto, segnatamente, che essi *"abbiano agito con colpevole leggerezza ove si abbia riguardo alla circostanza che la fonte dei limiti all'indebitamento per gli enti locali è rappresentata da una disposizione di rango costituzionale"* e che *"in presenza di tale, non equivoca, disposizione, detti amministratori, indipendentemente dalle specifiche competenze ed attitudini, avrebbero dovuto improntare la loro azione a principi di sana gestione finanziaria dell'ente omettendo di concorrere all'adozione di delibere pericolose per l'equilibrio della finanza pubblica".*

Successivamente, anche la Sezione Marche ha aderito alla suddetta giurisprudenza, nella parte in cui attribuisce all'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689 una "forza espansiva tale da imporsi anche in relazione alla fattispecie in parola". Per tal via, si è confermato ancora una volta che la configurazione dell'illecito prescinde da un'immediata e diretta lesione patrimoniale e, di riflesso, è svincolata dalla necessità che l'elemento soggettivo sia connotato da gravità della colpa, essendo sufficiente l'adozione, cosciente e volontaria, di una delibera volta al reperimento, per mezzo dell'indebitamento, di una provvista finanziaria con la quale far fronte a spese di parte corrente.

In punto di "scusabilità dell'errore", tuttavia, pur condividendo appieno le suesposte considerazioni della Sezione Sicilia, la Sezione delle Marche (analogamente a quella laziale) ha ravvisato nella concreta fattispecie sottopostale quelle "circostanze particolari" che "inducono a pronunciarsi sulla sussistenza dell'errore scusabile". Ciò, in primo luogo, perché non si era in presenza di un nuovo mutuo, ma della devoluzione di somme residue di un mutuo già contratto in precedenza; questa circostanza, infatti, *"ha potuto ingenerare - anche se erroneamente - il convincimento che non trattavasi di aggravio della situazione passiva generale per far fronte a spese correnti"* (Sez. giur. Marche, sent. n. 151 del 14 marzo 2007).

Da ultimo, la Sezione Umbria ha proposto un'interpretazione originale della questione ed ha aperto così un contrasto con i precedenti appena richiamati, affermando che l'illecito in commento è configurabile solo in presenza del dolo o della colpa grave in capo al trasgressore. Tanto, spiega il Collegio, non per ragioni di "simmetria" con la responsabilità amministrativo-contabile di tipo risarcitorio (ex art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994), ma perché il principio di tipicità, che informa di sé tutto il "diritto punitivo", impone di individuare, per ogni singola fattispecie astratta di illecito, quale sia lo specifico grado di partecipazione psicologica alla condotta materiale vietata che la norma richiede per l'effettiva sussistenza della responsabilità di chi la condot-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ta stessa ha tenuto (la Sezione cita, al riguardo, Cass. n. 981/2006).

La Sezione umbra precisa ulteriormente come il grado della colpa *"vada rapportato allo sforzo di diligenza impiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, e ne segua l'andamento in termini proporzionalmente inversi. Quanto maggiore, cioè, è lo sforzo di diligenza dispiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, tanto minore sarà il grado della colpa e viceversa: il livello di massima gravità è costituito dalla mancanza di una qualsivoglia iniziativa per conoscere la natura delle spese in questione"*. A ben riflettere, si osserva, l'art. 30, comma 15, della l. n. 289/2006 *"si configura come norma simmetrica e contraria a quella sulla "buona fede", di cui all'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 20/1994, nel testo introdotto dall'art. 3 della l. n. 639/1996"* (Sez. giur. Umbria, sent. n. 128 dell'8 maggio 2007).

Sul punto le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la sentenza n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale riguardante "il titolo soggettivo di imputazione della sanzione", hanno affermato che *"ai fini della configurazione della fattispecie sanzionatoria prevista dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, e della conseguente applicazione della sanzione ivi prevista, sia necessaria la sussistenza della colpa grave, o, ovviamente, del dolo, e ciò nella considerazione, desunta dal dato letterale della norma, che la disposizione di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, nel disciplinare l'elemento soggettivo ai fini della sussistenza della "responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica", stabilisce espressamente che "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità, nel merito, delle scelte discrezionali"* (art. 1, comma 1, legge n. 20/1994 come modificato dall'art. 3, comma 1, legge n. 639/1996).

"In altre parole – hanno proseguito le Sezioni Riunite - *pur alla luce delle diverse posizioni assunte, sul piano giurisprudenziale, dalle sezioni che si sono fin qui pronunciate sulla questione, e che oscillano tra il ritenere necessaria la "colpa grave" (cfr. Sez. giur. Umbria, n. 128/2007), e il ritenere sufficiente una qualsiasi colpa, seppur lieve (cfr. Sez. giur. Lazio, n. 3001/2005) o "lievissima", secondo i principi generali in materia di sanzioni amministrative di cui all'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (cfr. Sez. giur. Regione Siciliana, n. 3198/2006, Sez. giur. Marche, n.*

151/2007), queste Sezioni Riunite ritengono che non possa, in ogni caso, prescindersi dal dato letterale della citata disposizione di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, come modificato dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 543/1996, convertito, con modificazioni, nella legge n. 639/1996, in cui il legislatore, senza operare alcuna distinzione fra le diverse forme di responsabilità (responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio e responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio, come quella in parola), ha stabilito espressamente che "la responsabilità (senza alcuna distinzione – ndr) dei soggetti (comunque – ndr) sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica (e non v'è dubbio alcuno che, sulla base di quanto sopra si è detto, anche la fattispecie sanzionatoria in parola rientri fra le materie di contabilità pubblica - ndr) è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave (..)". Sulla base di tale considerazione, da ritenere assorbente e decisiva rispetto ad ogni altra, si ritiene che il titolo soggettivo di imputazione della sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, debba essere determinato e valutato ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, come modificato dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 543/1996, convertito, con modificazioni, nella legge n. 639/1996, e che pertanto, ai fini della applicazione della sanzione in parola nei confronti degli amministratori che abbiano deliberato il ricorso all'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento, è necessario che ricorra, nella fattispecie concreta, l'elemento soggettivo della colpa grave, o, ovviamente, del dolo. Spetta poi al giudice di merito valutare le singole fattispecie ed enucleare una casistica idonea a formare utili precedenti giurisprudenziali sulla gravità dei comportamenti tenuti dagli amministratori" (Corte dei conti - Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

8. Aspetti processuali

Anche in relazione ad alcuni fondamentali aspetti processuali non si riscontrano soluzioni omogenee. Segnatamente, si contrappongono due orientamenti che fanno riferimento l'uno alle norme sul giudizio di responsabilità, l'altro al modello residuale degli "altri giudizi ad istanza di parte" (art. 58 del citato r.d. 1038 del 1933).

Corollario più evidente della seconda impostazione è che il trasgressore può essere citato direttamente in giudizio dal Pubblico Ministero contabile (o perfino da privati), senza necessità di previa contestazione dell'addebito mediante l'invito a dedurre. Inoltre, il ricorso della Procura può indicare direttamente la data dell'udienza, previamente fissata dal Presidente della Sezione, senza che ciò comporti una irregolarità procedurale.

Nella sua prima pronuncia n. 2376 dell'agosto 2006 la Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana ha aderito al modello degli "altri giudizi ad istanza di parte", affermando che il giudizio in parola "può essere inquadrato tra quelli rientranti nella previsione di carattere generale, contenuta nell'art. 58 del RD 13 agosto 1933 n. 1058", essendo evidente la natura squisitamente sanzionatoria della norma. Motiva, inoltre, il Collegio che "un ulteriore argomento che milita a favore di tale opzione esegetica riposa nel fatto che la stessa legge finanziaria del 2003, in cui è inserita la norma in esame, fornì, invece, all'art. 24, comma 4 (norma poi abrogata e in seguito riprodotta), una qualificazione giuridica ben netta" di responsabilità amministrativa in relazione all'illecito consistente nella stipulazione di contratti in violazione dell'obbligo di utilizzare le convenzioni Consip, facendo specifico riferimento sia ad un danno erariale che al criterio di quantificazione. La Sezione – giungendo perfino ad ipotizzare "che l'iniziativa processuale possa essere assunta anche da cittadini singoli o da componenti degli organi politici dell'ente" – ha quindi respinto l'eccezione difensiva della presunta inammissibilità dell'azione coltivata dalla Procura per il mancato inoltro dell'invito a dedurre.

Il riferito orientamento è stato poi ribadito nella successiva sentenza n. 3198 del novembre 2006, in cui si è nuovamente rimarcata la natura sanzionatoria della fattispecie normativa, volta a reprimere un particolare illecito amministrativo la cui configurazione *"prescinde da un'immediata e diretta lesione patrimoniale e, di riflesso, è svincolata dalla ricorrenza dell'elemento soggettivo connotato in termini di gravità della colpa"* con l'ulteriore conseguenza che *"la lesività per il patrimonio dell'ente di una simile condotta costituisce un profilo irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie: tale aspetto può, al più, ricorrendone le condizioni, costituire oggetto di un autonomo, concorrente giudizio"* (Sez. giur. Sicilia, sent. n. 3198 del 7 novembre 2006).

A ben vedere, poi, - aggiunge il Collegio – "il non indispensabile rispetto della sequenza procedurale di cui alla norma appena citata deriva anche dall'ulteriore considerazione che l'iniziativa per la repressione del mancato rispetto del divieto di ricorrere all'indebitamento per finanziarie spese diverse da quelle di investimento non è affatto riservata al Pubblico Ministero contabile, potendo l'irrogazione della sanzione da parte delle Sezioni Giurisdizionali regionali della Corte dei Conti essere sollecitata da chiunque vi abbia interesse. La non esclusività dell'iniziativa si riverbera sul piano procedurale imponendo l'utilizzo di uno strumento di attivazione della cognizione del Giudice contabile utilizzabile dalla generalità dei soggetti: nell'ordinamento di settore, lo strumento a tal fine utilizzabile, attesa la mancanza di specifiche previsione procedurali, è quello disciplinato dall'art. 58 del RD 13.8.1933, n. 1038, re-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

cante una disciplina di carattere residuale per i giudizi ad istanza di parte".

La Sezione Marche concorda sulla mancanza, nella nostra norma, di qualsiasi elemento inerente la nozione di "responsabilità amministrava", per cui la relativa responsabilità ha "una natura specifica ed è preordinata alla irrogazione della sanzione". Pur tuttavia, andando a definire la struttura processuale in cui va svolta l'azione diretta a far valere detta responsabilità, il Collegio ha ritenuto che, anche se non espressamente disciplinato, debba farsi ricorso alle modalità previste per l'ordinario giudizio "di responsabilità" dinanzi alla Corte dei conti. Così motiva, sul punto, la Corte:

" (..) non sembra a questo Collegio che sia possibile utilizzare la modalità procedurale prevista dal capo terzo del R.D. del 13 agosto 1933, n. 1038 "Dei giudizi ad istanza di parte" (artt. dal 52 al 59). Nel citato regolamento di procedura, il legislatore, dopo aver elencato i giudizi instaurabili ad istanza di soggetti diversi dal Pubblico Ministero, all'art. 58, ha introdotto "altri giudizi ad istanza di parte". Pur presentandosi tale articolo con formulazione ampia e generica, occorre rilevare che trattasi di istituto residuale, ormai obsoleto, raramente applicato ed applicabile, nel quale possono essere interessate anche persone od enti diversi dallo Stato, caratterizzato dalle conclusioni orali o scritte del procuratore della Corte dei conti. Tale procedura, non rivisitata dal legislatore da oltre 70 anni, potrebbe non essere in linea con la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 sul giusto processo. Nel caso che ci occupa il Pubblico Ministero, sulla base della segnalazione ricevuta da alcuni consiglieri, ha iniziato l'istruttoria ed ha emesso regolare "invito a dedurre". Questo Collegio condivide tale modo di operare, lo si ripete, anche in assenza di uno schema processuale all'uopo disciplinato ed esprime il convincimento che l'esigenza di garantire il contraddittorio con i presunti responsabili dell'illecito, la possibilità di una maggiore e più ponderata valutazione delle ragioni e circostanze addotte dalla parte convenuta possono essere maggiormente salvaguardate con la predisposizione e l'invio dell'invito a dedurre, il quale, peraltro, si appalesa utile per l'economia processuale" (Sez. giur. Marche, sent. n. 151 del 14 marzo 2007).

Da ultimo, anche la Sezione Umbria ha affermato che il "giudizio ad istanza di parte", ex art. 58 del R.D. n. 1038/1933, è "intrinsecamente inidoneo a dare copertura processuale all'illecito contabile" in parola; né è stata favorevolmente valutata l'ipotesi secondo cui la Procura potrebbe agire per l'applicazione della sanzione "in base ad una mera e del tutto atipica "istanza", ex art. 1 del R.D. n. 1038/1933".

Sotto quest'ultimo profilo la Sezione ha osservato, anzitutto, "che l'art. 1 del R.D. n. 1038/1933 si riferisce essenzialmente alle "istanze" dei privati,

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

come è agevole desumere dal contesto dell'articolo stesso e ancor più dal raffronto di tale articolo con il successivo articolo 2 del medesimo testo normativo, che –questo sì – effettivamente riguarda gli "atti che promanano dal Procuratore"". In secondo luogo, "sul ben più rilevante piano della compatibilità di una siffatta iniziativa "atipica" della Procura con il sistema", si è ritenuto che "una iniziativa del genere si porrebbe apertamente in contrasto con l'art. 111, comma 1, Cost.", e sarebbe perciò "senz'altro arbitraria, stante il principio di riserva di legge che regola la materia" processuale in ogni sua fase, e dunque anche in quella della iniziativa".

Ebbene, secondo il Collegio, un siffatto, condivisibile chiarimento rafforza ancor di più l'idea che il "giudizio di responsabilità" sia l'unico, tra quelli celebrati innanzi a questa Corte, che si attagli alle disposizioni dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289/2002, stante anche la obbligatorietà e la non rinunciabilità della relativa iniziativa, da rapportare in via esclusiva al P.M. contabile, al pari di ogni altra azione erariale di danno, e non "a chiunque vi abbia interesse"" (sent. 128/2007)

Sulla base delle suesposte considerazioni, la Sezione umbra ha ritenuto di non poter affrontare il merito della domanda di irrogazione della sanzione, per l'appunto a causa dell'irregolare instaurarsi del giudizio conseguente al mancato "invito a dedurre" dei convenuti, ex art. 5 della legge n. 19/1994, invito *"che pure andava loro notificato, in quanto il giudizio da applicare per l'accertamento dell'illecito previsto dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002 è quello ordinario di responsabilità"* (Sez. giur. Umbria, sent. n. 128 dell'8 maggio 2007).

Sul punto le Sezioni Riunite della Corte hanno osservato che *"sebbene la legge nulla dica in ordine al tipo di procedimento da seguire per l'applicazione, da parte delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, della sanzione in parola, queste Sezioni Riunite ritengono che debba essere seguita, al riguardo, la disciplina dell'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti prevista dagli artt. 43 e seguenti del R.D. n. 1038/1933 e dall'art. 5 della legge n. 19/1994, non potendo trovare applicazione, in tali ipotesi, le modalità procedurali previste dal capo terzo del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038 sui giudizi ad istanza di parte (artt. dal 52 al 59), come pure è stato sostenuto (cfr. Sez. giur. Regione Siciliana, n. 2376/2006 e n. 3198/2006). Queste ultime, infatti, mal si adattano alla applicazione della sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, sia perché il giudizio ad istanza di parte è un istituto avente natura residuale che presuppone un'azione di privati, sia perché l'iniziativa, nel caso di specie, spetta esclusivamente all'attore pubblico e non a "chiunque vi abbia interesse", stante anche la obbligatorietà e la non rinuncia-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

bilità della relativa azione, da rapportare in via esclusiva al pubblico ministero contabile, portatore dell'interesse al corretto funzionamento della contabilità pubblica, in una con l'azione erariale di danno (cfr. Sez. giur. Umbria, n. 128/2007), e senza che possa configurarsi una sorta di azione popolare non prevista dalla legge. A tale riguardo preme rilevare, infatti, - hanno osservato le Sezioni Riunite - che il "giudizio ad istanza di parte" ex art. 58 del R.D. n. 1038/1933, è intrinsecamente inidoneo a dare compiuta disciplina processuale alla fattispecie sanzionatoria in parola, né appare verosimile sostenere che chiunque potrebbe agire per l'applicazione della sanzione in base ad una mera e del tutto atipica "istanza", ex art. 1 del R.D. n. 1038/1933. In proposito giova considerare, infatti, in primo luogo, che l'art. 1 del R.D. n. 1038/1933 si riferisce essenzialmente alle "istanze" dei privati, intese come ricorsi, mentre nel successivo articolo 2 del medesimo testo normativo si parla degli "atti che promanano dal Procuratore" in ipotesi in cui sia stato sollecitato da istanze di terzi da intendersi quali denunce".

Alla stregua di tali considerazioni le Sezioni Riunite hanno ritenuto, quindi, che alla fattispecie sanzionatoria in parola debba essere applicata la disciplina dell'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti prevista dagli artt. 43 e seguenti del R.D. n. 1038/1933 e dall'art. 5 della legge n. 19/1994, con il conseguente obbligo, per il pubblico ministero agente, di emettere preventivamente l'invito a dedurre; anzitutto al fine di una maggiore garanzia del contraddittorio con i presunti responsabili dell'illecito, atteso che la possibilità di una maggiore e più ponderata valutazione delle ragioni e circostanze addotte dalla parte convenuta possono essere maggiormente salvaguardate con la predisposizione e l'invio dell'invito a dedurre; il quale, altresì, si appalesa utile anche per l'economia processuale, ove le deduzioni di parte dovessero portare ad una archiviazione della vertenza (Corte dei conti - Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

9. Ente beneficiario della sanzione

In merito alla destinazione della sanzione, sia la Sezione Sicilia sia la Sezione Marche hanno avuto modo di precisare che l'importo della stessa deve essere versato allo Stato e non all'ente territoriale di riferimento.

La Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, in particolare, facendo leva sulla giurisprudenza costituzionale formatasi relativamente alla sanzione per omessa presentazione dei conti giudiziali (Corte Cost., sent. 187/1999), proprio in un giudizio per conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Siciliana sulla questione della spettanza all'erario statale ovvero a quello regionale di quella sanzione, hanno ricordato come *"il giudice delle leggi, in par-*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ticolare, escludendo che il provento della sanzione pecuniaria appena indicata potesse essere annoverato tra le "entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio" di cui all'art. 2 del DPR n. 1074 del 1965 e tra le entrate "derivanti dall'applicazione di sanzioni pecuniarie amministrative e penali", di cui all'art. 3 dello stesso decreto, è pervenuto alla conclusione che quel provento non integra un'entrata che, a norma degli artt. 36 dello statuto della Regione Siciliana e 2 e 3 del decreto presidenziale di attuazione n. 1074 del 1965, è di spettanza regionale". Tanto considerato, ravvisando "l'assoluta omogeneità" tra le due sanzioni, si è ritenuto che anche quella in discorso debba essere versata allo Stato. A ciò si è aggiunto che, *"in disparte ogni considerazione sulla pericolosità della condotta illecita, oltre che per gli equilibri di bilancio del singolo ente territoriale, anche per i saldi sintetici nazionali, per l'individuazione dell'ente leso come beneficiario dell'importo della sanzione occorrerebbe una esplicita previsione normativa. Sennonché, nel caso di specie difetta una norma che eleva lo status di rappresentante della comunità territoriale del responsabile dell'illecito a criterio di selezione dell'ente beneficiario"* (Sez. giur. Sicilia, sent. n. 3198 del 7 novembre 2006).

La Sezione Marche dal canto suo (sent. 151/2007), giunge allo stesso risultato richiamandosi alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 320/2004, nella parte in cui afferma che la previsione legislativa non inerisce alla materia della disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa e contabile delle Regioni e degli enti locali, ma trova il suo fondamento nella potestà legislativa dello Stato di dare attuazione al sesto comma dell'art. 119 Cost.. Di qui i giudici della sezione marchigiana hanno fatto derivare la spettanza allo Stato, e non alle Regioni o ai Comuni interessati, della sanzione in discorso (Sez. giur. Marche, sent. n. 151 del 14 marzo 2007).

Sul punto le Sezioni Riunite della Corte, nel rilevare che la Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana (sentenza n. 3198/2006) e la Sezione Marche (sentenza n. 151/2007) hanno sostenuto che debba essere lo Stato a dover incassare la sanzione, menzionando, in proposito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 187/1999, vista l'assoluta omogeneità tra la sanzione di cui all'art. 46 del R.D. n. 1214/1934 e quella in esame, mentre la Sezione giurisdizionale per la Toscana (sentenza n. 609/2006) ritiene scontato che il destinatario della sanzione debba essere il Comune di appartenenza degli amministratori, hanno affermato che *"il destinatario della sanzione debba essere individuato nell'ente di appartenenza degli amministratori condannati, e ciò nella considerazione che la sanzione deve ritenersi direttamente collegata e finalizzata al ristoro del bene-valore leso, o comunque messo in pericolo, dalla condotta degli amministratori, e cioè, in primo luogo, dell'equilibrio*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

di bilancio dell'ente di appartenenza degli amministratori che hanno deliberato l'indebitamento (cfr. Sez. giur. Toscana, 31 ottobre 2006, n. 609), ristoro cui consegue indirettamente il rispetto del patto di stabilità interno". "Inconferente appare, peraltro, ai fini che qui ne occupa, - hanno proseguito le Sezioni Riunite - *il riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 187 del 25 maggio 1999. È sì vero, infatti, che in quella occasione il giudice delle leggi, nel pronunciarsi in sede di risoluzione di un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Siciliana sulla questione della spettanza all'erario statale ovvero a quello regionale di una sanzione pecuniaria irrogata dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana per omessa presentazione dei conti giudiziali, ai sensi dell'art. 46 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, ha dichiarato che "spetta allo Stato (...) di fare propria l'entrata derivante dalla sanzione pecuniaria" (Corte Cost. 25 maggio 1999, n. 187), affermando che quel provento non integra un'entrata che, a norma degli artt. 36 dello statuto della Regione Siciliana e 2 e 3 del decreto presidenziale di attuazione n. 1074 del 1965, è di spettanza regionale; ma è altrettanto vero che la sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002, ora in esame, non è affatto omogenea rispetto a quella comminata dall'art. 46 del R.D. 1214/1934, il che rende del tutto inconferente, ai fini che qui ne occupa, il riferimento alla predetta sentenza del giudice delle leggi n. 187 del 1999, e poco convincente la conclusione secondo cui il beneficiario del provento della sanzione pecuniaria in discorso debba essere lo Stato e non anche l'ente di appartenenza degli amministratori che hanno adottato la delibera di indebitamento"* (Corte dei conti - Sezioni Riunite, n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007).

10. Conclusioni. Prospettive e possibile evoluzione normativa e giurisprudenziale delle fattispecie di responsabilità sanzionatoria

Dopo l'ampia ed analitica rassegna delle posizioni della giurisprudenza su quella che rappresenta, al momento, la fattispecie più chiara ed evidente di responsabilità sanzionatoria devoluta alla cognizione del giudice contabile, appare opportuno formulare qualche breve considerazione in ordine alle prospettive e alla possibile evoluzione normativa e giurisprudenziale delle fattispecie di responsabilità sanzionatoria.

A tale riguardo, non può non rilevarsi come, alla luce delle diverse fattispecie di responsabilità "erariale", a dire il vero di dubbia natura, previste dalla legge finanziaria 2008, appare ragionevole ritenere che allorché tali fattispecie avranno avuto una più appropriata collocazione sistematica nell'ordinamento, il legislatore farà sempre più spesso ricorso ad esse per sanzionare comportamenti di amministratori e dipendenti pubblici che mettano

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

in pericolo gli equilibri di bilancio e la sana e corretta gestione delle pubbliche risorse a prescindere dalla sussistenza di un danno patrimoniale per le finanze pubbliche. In tale prospettiva delle fattispecie di responsabilità sanzionatoria potrebbero essere previste dal legislatore ogniqualvolta determinati atti o comportamenti degli amministratori pubblici, pur non comportando immediatamente un danno patrimoniale per le finanze pubbliche, comporti pur sempre un grave pericolo per gli equilibri di finanza pubblica, come potrebbe essere, ad esempio, nel caso della stipulazione, da parte di amministrazioni pubbliche, di contratti per prodotti derivati (come gli swap). È auspicabile, tuttavia, che la previsione di tali fattispecie di responsabilità sanzionatoria non comporti una riduzione della responsabilità amministrativa per danno di tipo risarcitorio, dovendosi le due tipologie di responsabilità amministrativa ritenersi concorrenti e finalizzate a tutelare interessi correlati ma non coincidenti, e destinate ad agire l'una – la responsabilità amministrativa classica di tipo risarcitorio – sul piano dell'evento dannoso, e cioè, nel momento della concretizzazione di un danno effettivo per le pubbliche finanze, l'altra – la responsabilità di tipo sanzionatorio – sul piano del "mero" pericolo per gli equilibri di finanza pubblica e a prescindere dalla sussistenza di un danno concreto ed attuale per le pubbliche finanze, ferma restando la loro concorrenza nell'ipotesi in cui, oltre ad un evento di danno si concretizzi anche un evento di pericolo, o viceversa.

A tal fine il ruolo fin qui svolto dalla giurisprudenza contabile assume un rilievo particolarmente significativo. A prescindere dalla soluzione fin qui data alle singole questioni sostanziali e processuali che si sono di volta in volta presentate, e che potranno essere riconsiderate e diversamente definite non appena se ne presenterà l'occasione, non v'è dubbio, infatti, che il ruolo più importante svolto dalla giurisprudenza sia stato quello di operare una ricostruzione sistematica di carattere generale delle fattispecie di responsabilità amministrativa sanzionatoria fin qui previste dall'ordinamento e devolute alla cognizione del giudice contabile nel più generale sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 103, comma 2, della Costituzione, tale da poter assumere una valenza generale per la collocazione nel predetto sistema di tutte le ulteriori fattispecie di responsabilità amministrativa sanzionatoria che dovessero in futuro essere previste dal legislatore ed assegnate alla cognizione del giudice contabile.

In questa ottica, anche se le soluzioni date a singole questioni di carattere sostanziale o processuale delle fattispecie di responsabilità amministrativa sanzionatoria fin qui previste dall'ordinamento qualche aspetto contraddittorio rispetto alla loro ricostruzione sistematica, non v'è dubbio che la prudenza fin qui usata dalla giurisprudenza contabile nel ricostruire i singoli istituti, non

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

potrà che essere di incoraggiamento per il legislatore nel prevedere, in futuro, sempre più numerose fattispecie di responsabilità amministrativa sanzionatoria, e ciò anche in considerazione della opportunità – e della necessità - che il sistema delle garanzie del giudizio di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti, anche nella prospettiva della approvazione di un nuovo regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti (magari nella legislatura che si aprirà con le prossime elezioni politiche), non subisca flessioni, tali da porsi in contrasto con il sistema delle garanzie costituzionali, e segnatamente, con le garanzie del giusto processo.

È auspicabile quindi che la nostra giurisdizione possa continuare ad arricchirsi di nuove fattispecie di responsabilità amministrativa poste a tutela della finanza pubblica, ma è necessario indirizzare ogni sforzo all'obiettivo di fare in modo che essa venga esercitata nel pieno ed assoluto rispetto della garanzie costituzionali che necessariamente devono assistere l'esercizio della funzione giurisdizionale. Solo in questo modo, peraltro, la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità potrà continuare ad essere esercitata secondo lo spirito della Costituzione e il ruolo che l'art. 103, comma 2, della Carta costituzionale assegna alla nostra istituzione.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La responsabilità del medico nell'ordinamento giuscontabile

di Luisa Motolese*

La responsabilità medica è fra le responsabilità quella che ha il campo di applicazione più ampio, interessando vari aspetti del diritto(responsabilità amministrativa, disciplinare, civile e penale).

Nell'ambito della sanità pubblica il medico è soggetto – sotto il profilo della responsabilità- ad un doppio binario: esposto da un lato alle richieste risarcitorie dei privati che ritengono lesa la propria integrità fisica dinanzi al giudice ordinario; dall'altra al giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti- giudice naturale a giudicare dei danni commessi a danno dell'erario da parte di pubblici dipendenti – qualora il danno al paziente sia stato risarcito dalla struttura pubblica (art. 28 della Costituzione che recita testualmente: " i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo stato ed agli enti pubblici".

L'affermazione della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti costituisce un' importante garanzia dei diritti del cittadino e ciò spiega la collocazione della norma nel titolo dedicato alle libertà civili.

Negli ultimi cinquantenni i valori dell'individuo sono andati mutando, sono stati presi in considerazione valori quali la longevità, la qualità e lo stile di vita e con l'adozione di nuovi valori si è assistito ad un conseguente aumento del contenzioso con riferimento alla responsabilità medica e ad un mutamento anche nella giurisprudenza che ha privilegiato la tutela del paziente rispetto al passato caratterizzato dal favor medico e da una concezione improntata all'accettazione della malattia e della morte.

Proprio il percorso compiuto dalla giurisprudenza negli ultimi anni ha portato ad una profonda riflessione sulla professione sanitaria che di sicuro tra le professioni che erogano un servizio è' quella che più interessa gli individui occupandosi della salute e della vita e quindi coinvolgendo tutta la sanità.

In un clima ottimistico determinato dai progressi della scienza medica che ha consentito un' aumento significativo dell'età media ed una aspettativa di vita e di guarigione rispetto a malattie un tempo inguaribili (si pensi ai progressi in campo oncologico e cardiaco), è andato parallelemente crescendo il sentimento negativo causato dagli insuccessi di tali trattamenti.

---

* Consigliere della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il punto di partenza per poter comprendere l'importanza e la complessità di tale professione è il giuramento d'Ippocrate (430 a.C.) che mostra come fin dalle origini il medico dovesse essere consapevole degli obblighi che veniva ad assumere e si ponevano le basi al tempo stesso per un codice di deontologia professionale[1]

Tutto ciò mostra come sin dalle origini il medico sia stato sempre consapevole della unicità della sua professione e quanto sin dal V secolo a.c. fosse importante regolamentare il rapporto tra paziente e medico.

L'obiettivo centrale è ed è sempre stato quello della salute del paziente dunque e di evitare che ci si improvvisi in attività dove i medici non abbiano una competenza specifica.

Il maggior sviluppo delle conoscenze medico-chirurgiche è avvenuto nel novecento, con l'avvento della microbiologia insieme ad una serie di scoperte che hanno facilitato di molto l'attività dei medici e che hanno contribuito a creare un bagaglio professionale tale da consentire in sede giudiziale sentenze motivate per comportamenti negligenti ed imprudenti.

Con l'aumento del contenzioso giudiziario si è andato delineando anche un fenomeno nuovo, tipico degli ultimi anni,che viene definito di medicina difensiva.

Il medico, per evitare eventuali denunce giudiziarie, può esagerare nelle ricerche diagnostiche, terapeutiche e di prognosi e così si tutela nel caso si dovessero verificare contestazioni.

Questo fenomeno è nato negli Stati Uniti e si sta diffondendo anche in Europa.

Ciò premesso e venendo ad esaminare più specificamente il tema che ci in-

---

[1] Giuro per Apollo medico e Asclepio e Igea e Panacea e per gli dei tutti e per tutte le idee, chiamandoli a testimoni, che eseguirò, secondo le forze ed il mio giudizio, questo giuramento e questo impegno scritto : di stimare il mio maestro di questa arte come mio padre e di vivere insieme a lui e di soccorrerlo se ha bisogno e che considererò i suoi figli come fratelli ed insegnerò quest'arte, se essi desiderano apprenderla; di rendere partecipi dei precetti e degli insegnamenti orali e di ogni altra dottrina i miei figli ed i figli del mio maestro e gli allievi legati da un contratto e vincolati da un giuramento del medico, ma nessun altro.

Regolerò il tenore di vita per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, mi asterrò dal recar danno ed offesa.

Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio, similmente a nessuna donna io darò un medicinale abortivo.

Con innocenza e purezza io custodirò la mia vita e la mia arte..Non opererò coloro che soffrono del male della pietra, ma mi rivolgerò a coloro che sono esperti di questa attività.

In qualsiasi casa andrò, io vi entrerò per il sollievo dei malati e mi asterrò da ogni offesa e danno volontario e fra l'altro da ogni azione corruttrice sul corpo delle donne e degli uomini, liberi e schiavi.

Ciò che io possa vedere o sentire durante il mio esercizio o anche fuori dall'esercizio sulla vita degli uomini, tacerò ciò che non e' necessario sia divulgato, ritenendo come un segreto cose simili.

E a me dunque che adempio un tale giuramento e non lo calpesto, sia concesso di godere della vita e dell'arte, onorato dagli uomini tutti per sempre; mi accada il contrario se lo violo e lo spergiuro."

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

teressa – la responsabilità amministrativa del medico sotto il profilo dell'errore professionale – si osserva che detta responsabilità costituisce campo di sempre maggiore applicazione della responsabilità medica.

I presupposti, come è noto, perché un medico possa essere convenuto dinanzi alla Corte dei conti, per rispondere del danno provocato con la propria condotta, sono il dolo e la colpa grave.

Dalla nozione di responsabilità amministrativa(obbligo di risarcire il danno per i medici legati da un rapporto di servizio all'Amministrazione danneggiata) emerge la constatazione di una sostanziale diversità tra responsabilità amministrativa (del medico) rispetto a quella civile.

La responsabilità amministrativa, come vedremo di seguito,è diretta a tutelare l'Amministrazione sotto il profilo (e non solo) finanziario, a causa della condotta dolosa o colposa dei medici, a seguito di sentenze favorevoli, in sede civile, ai pazienti danneggiati.

In tutti questi casi il danno contestato è di tipo indiretto e può essere contestato solo quando si verifichi a carico della pubblica Amministrazione (Azienda Ospedaliera), l'obbligo di risarcire il terzo danneggiato; obbligo che emerge di norma a seguito di una sentenza di condanna.

Si avrà modo di esporre più specificamente come lo svolgimento dell'attività medico-chirurgica sia da sempre oggetto di grande attenzione da parte di tutte le magistrature.

Sotto il profilo della responsabilità civile quella del medico in relazione al danno subito dal paziente presuppone la violazione di doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata; tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi del 1176, II comma, c.c. che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all'esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia; la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, II comma c.c. non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza od imperizia ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che vanno al di là della preparazione media o che non hanno ancora formato oggetto di studio da parte della scienza medica.

Quanto all'onere probatorio sarà compito del medico provare che il caso presentava difficoltà particolari ed al paziente che le modalità terapeutiche o chirurgiche erano errate o comunque non idonee ovvero di scarsa utilità.

Gli errori di diagnosi, di prognosi e di terapia sono molto spesso correlati fra di loro e riguardano tutte quelle situazioni in cui il grado di difficoltà tecnico-scientifico in relazione al quale l'errore si è verificato è tale per cui non è

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

possibile pervenire ad un giudizio assolutorio per il medico.

Secondo la giurisprudenza civile il medico risponde sempre anche per colpa lieve quando, per mancanza di diligenza o imprudenza, provochi un danno nel corso di un intervento operatorio o di una terapia medica.

Conseguentemente per quanto riguarda la graduazione della colpa necessaria perché sia configurabile la responsabilità amministrativa del medico, mentre nel processo civile la colpa del medico viene richiesta in grado elevato solo quando la fattispecie implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e quindi per l'imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza, per le quali è sufficiente la colpa lieve (art. 1176), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave, non solo per l'imperizia ma anche per l'impudenza e la negligenza.

In altre parole per configurare ipotesi di responsabilià amministrativa a carico del medico non basta che il comportamento sia stato riprovevole in quanto non rispondente perfettamente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il medico, usando la dovuta diligenza abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi; perchè quindi possa parlarsi di responsabilità per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e comunque ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di prestatori d'opera.(si veda in proposito la sentenza n 601 del 10 novembre 2004 della Sezione Terza d'Appello nella quale si rileva che " il giudizio civile di risarcimento e quello di responsabilità amministrativa per danni conseguiti allo svolgimento di attività sanitaria si muovono su piani distinti, sia perché finalizzati a regolare rapporti giuridici diversi sotto il profilo soggettivo ed oggettivo sia perchè diversi sono i parametri normativi di riferimento..

Mentre nel processo civile la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art2236cc)e quindi per l'imperizia e non anche per la negligenza e l'imprudenza,per le quali è sufficiente la colpa lieve (1176), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave per l'imperizia come per l'imprudenza e la negligenza. Ed è alla luce di tali principi che il ricordato recepimento da parte del giudice civile della perizia non può costituire preclusione per il giudice contabile ai fini di una diversa valutazione dei fatti nell'ottica della pronuncia che il medesimo è chiamato a rendere: il che del resto si inserisce nel più vasto contesto dei rapporti tra giudizio civile e giudizio amministrativo che esclude qualsiasi effetto vincolante

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'uno rispetto all'altro".

Negli stessi termini la Sezione Giurisdizionale Lombardia della Corte dei conti, sentenza n. 451/07.

La vicenda sottoposta alla valutazione dei giudici lombardi riguardava un trattamento terapeutico nel corso di 10 ricoveri e 2 interventi chirurgici a seguito di una caduta all'impiedi dal balcone della propria abitazione (circa 7 metri) di una donna di professione cameriera, che riportava gravi lesioni a carico di entrambi gli arti inferiori.

Così si esprime la Sezione lombarda: "Emerge pertanto la responsabilità per colpa grave in relazione alla condotta terapeutica intrapresa perché pur in presenza di lesioni gravi gli interventi non rivestivano carattere di eccezionalità, la tempistica degli interventi escludeva la rilevanza dell'errore scusabile e l'intervento condotto risultava –sotto il profilo tecnico- alla stregua della valutazione della CTU - obsoleto ed inadeguato; ovvero imperizia per quanto concerne il trattamento interessante l'arto sinistro, e per omissione, per la lesione dell'arto destro.

Nel giudizio di responsabilità amministrativa –proseguono i giudici lombardi – è sempre richiesta la colpa grave non solo per l'imperizia ma anche per la prudenza e la negligenza.

Il comportamento del medico perché possa configurare un'ipotesi di responsabilità amministrativa deve connotarsi non solo come non perfettamente rispondente alle regole della scienza e della esperienza ma è necessario che il medico, usando la comune diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi.

Si deve quindi accertare, in caso di errore professionale,che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare per chi esercita la professione sanitaria.

Con riferimento alla fattispecie all'esame – concludono i giudici lombardi - si sono realizzati errori di siffatto genere e ciò anche in assenza di particolari condizioni di urgenza o di confusione" (in senso conforme Sezione Giurisdizionale Lazio n. 215/06, Sezione Giurisdizionale Veneto n. 236/ 236/98, Sezione Giurisdizionale Basilicata n 204/ 06).

La limitazione della colpa alle ipotesi di dolo e di colpa grave non va intesa come una deroga al principio della colpa lieve ma piuttosto come un elemento per precisare che la forma di colpa alla quale ci si deve riferire è quella in concreto accertata in base ai canoni, come si è visto, della prevedibilità e della evitabilità del danno.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il danno –in questa particolare ipotesi di errore professionale – è il danno cd. indiretto, la cui giurisdizione appartiene alla Corte dei conti[1].

I fatti sui quali si pronuncia il giudice civile si iscrivono nel rapporto tra l'ENTE pubblico ed i soggetti danneggiati, per cui il giudizio relativo è finalizzato all'accertamento della colpa dell'Ente nella sua struttura unitaria, prescindendo dalla valutazione dei comportamenti dei soggetti singoli operanti nel complesso sanitario.

Viceversa i fatti su cui è invece chiamato a pronunciarsi il giudice contabile si iscrivono nel rapporto di servizio,diverso, che lega i dipendenti pubblici all'Ente ed il relativo giudizio è finalizzato all'accertamento di responsabilità personali ed in particolare ad accertare se le condotte abbiano assunto efficienza causale nel determinismo dell'evento dannoso, se dette condotte siano state contrarie ad obblighi di servizio, se la violazione di obblighi di servizio sia stata connotata da dolo o colpa.

Il giudice alla stregua di quanto rappresentato deve quindi, nella valutazione del danno tenere conto anche della situazione ambientale in cui il medico si è trovato a svolgere l'attivita'.

In ipotesi di questo tipo ricorrono le condizioni previste dagli articoli 52, comma 2 del R.D. n1214 del 1934 ed 83 del R.D. n2440 del 1923 per la riduzione dell'addebito.

È evidente che non possano essere addebitate al medico le conseguenze dannose qualora le stesse siano da attribuire in toto od in parte alla struttura sanitaria nella quale lo stesso si trovi ad operare.

Negli ultimi tre anni sono stati discussi e decisi dai giudici contabili assegnati alle Sezioni Giurisdizionali operanti su tutto il territorio nazionale piu' di duecento (200) giudizi relativi all'attività medica (con una media di circa 60 giudizi all'anno contro i soli 13 dell'anno 2000 e 18 del 2001)

Si impongono alcune riflessioni.

L'aumentato numero delle controversie (determinato oltre che dall'evoluzione della professione sanitaria,dalle maggiori responsabilita'in

[1] Ex pluribus sentenza n 4634 /1988della Corte di Cassazione. Nella sentenza richiamata la Suprema Corte afferma che quando una struttura pubblica ospedaliera (a seguito attuazione legge 23.12.1978 n833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, con riferimento all'art.28, 1° comma del DPR 20 dicembre 1979 n761) viene condannata al risarcimento del danno di un suo paziente in conseguenza di un fatto colposo del proprio dipendente (lesioni personali provocate da un medico nell'eseguire un' intervento od una terapia ovvero nell'esprimere una diagnosi)e successivamente agisce in rivalsa nei confronti del proprio dipendente., il giudice competente e' la Corte dei conti territorialmente competente, poiche' la giurisdizione contabile ai sensi dell'art.52 del R.D. 12 luglio 1934 n 1214 e dell'art. 103 della Costituzione non si riferisce ai fatti inerenti al maneggio di denaro ma si estende ad ogni ipotesi di responsabilità per pregiudizi economici arrecati allo Stato ed a Enti Pubblici da persone legate da vincoli d' impiego o di servizio ed in conseguenza degli obblighi inerenti a detti rapporti.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

capo agli stessi operatori sanitari e dall'avvicinamento del giudice contabile al territorio) ha ricevuto risposte sempre adeguate, non conoscendo incertezze e sapendo conciliare le problematicità che detta materia comunque presenta.(Si assiste così al formarsi di una giurisprudenza autorevole che sia sotto la pressione iniziale di un aumento del contenzioso e sia del venire incontro ad una forte domanda sociale sta delineando profili meno formali e piu' spediti del giudizio di responsabilità amministrativa, che tende a differenziarsi rispetto ai giudizi intestati ad altri giudici, in una commistione pur sempre di elementi propri del processo civile, penale ed amministrativo.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La funzione giurisdizionale
a garanzia degli equilibri della Finanza pubblica

di Giuseppe Nicoletti*

La giurisdizione contabile supportata dall'art. 103, comma 2, della Costituzione è predisposta a garanzia della corretta gestione delle risorse finanziarie per il soddisfacimento degli interessi pubblici ai diversi livelli.

La progressiva espansione della finanza pubblica con il crescente prelievo delle risorse finanziarie ha comportato una evoluzione ed espansione della giurisdizione di responsabilità devoluta alla Corte dei Conti.

Nel primo assetto dello Stato unitario ebbe origine la responsabilità contabile accertata attraverso il giudizio di conto versato dai contabili della pubblica amministrazione.

Da questo giudizio tipico si è enucleata la responsabilità amministrativa avente per oggetto i comportamenti di funzionari che con il loro comportamento abbiano arrecato danno all'Erario e, nell'ultimo decennio sono emerse nuove forme di responsabilità per fattispecie tipiche che per espressa previsione legislativa ricadono nella giurisdizione della Corte dei Conti.

La responsabilità contabile e quella amministrativa hanno subito una evoluzione parallela alla revisione del nuovo assetto costituzionale raggiungendo una adeguata dimensione alle esigenze attuali della pubblica amministrazione.

Del tutto nuova è la responsabilità per fatti tipici in materia finanziaria che è ancora oggetto delle prime valutazioni giurisdizionali che pongono serie problematiche interpretative e ricostruttive.

Premesso un fugacissimo richiamo alla responsabilità amministrativa e contabile tradizionale, sarà esaminata la nuova forma di responsabilità degli amministratori degli enti locali.

La responsabilità contabile e quella amministrativa nel contesto del sistema generale della responsabilità nella pubblica amministrazione.

La responsabilità dei dipendenti della pubblica amministrazione trova il suo riferimento basilare nell'art. 28 della Costituzione che afferma la responsabilità dei funzionari e dipendenti di enti pubblici secondo le leggi penali, civili e amministrative per atti compiuti in violazione di diritti, prevedendo espressamente che in tali casi la responsabilità si estende allo Stato e agli enti pubblici. Detta responsabilità è conosciuta dal giudice ordinario, è diretta alla tutela dei terzi e realizzata attraverso la responsabilità solidale dell'operatore

* Presidente della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lombardia.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pubblico e dell'ente di appartenenza.

A tali forme di responsabilità si aggiungono quelle devolute alla cognizione della Corte dei Conti:

Responsabilità contabile.

Essa si configura come particolare responsabilità patrimoniale che colpisce coloro a cui è demandata la gestione di beni o di valori, agenti contabili di diritto.

Sono agenti contabili gli amministratori delle risorse, i tesorieri incaricati della custodia del denaro e della esecuzione dei pagamenti, gli agenti consegnatari e tutti coloro che senza legale autorizzazione si ingeriscono nel ruolo di agenti contabili.

La qualifica di agente contabile compete non solo a coloro che in virtù del rapporto di servizio sono preposti alla funzione contabile, ma anche a tutti coloro che realizzano gestione contabile per ingerenza o contabili di fatto.

La posizione di agente contabile comporta che gli agenti contabili di diritto e di fatto sono assoggettati al giudizio di conto.

Infatti gli agenti contabili debbono alla fine di ogni anno rendere il conto giudiziale della loro gestione. L'agente contabile sarà tenuto a rispondere degli ammanchi e dei danni ove vengano riscontrate differenze ingiustificate tra valori ricevuti in consegna e valori restituiti.

Responsabilità Amministrativa.

Questa forma di responsabilità sviluppatasi dal giudizio di conto è una forma di responsabilità per clausole generali assimilabile per molti aspetti alla responsabilità civile extracontrattuale che invece presuppone un rapporto di impiego o di servizio con la P.A..

Il fondamento si riscontra negli artt. 82 e 83 Legge del Contabilità di Stato, e art. 52 e 53 del T.U. sulla Corte dei Conti. Elementi differenziali dalla responsabilità civile risarcitoria vanno rinvenuti nel ruolo pubblico dell'autore del danno con conseguente ricaduta nella giurisdizione della Corte dei Conti.

Elementi costitutivi sono:

una condotta riconducibile ad un soggetto legato alla P.A. da un rapporto d'impiego o di servizio.

l'evento dannoso di natura patrimoniale sotto il duplice profilo del danno emergente o del lucro causante.

la condizione che il danno sia stato arrecato nell'esercizio di una pubblica funzione.

l'elemento psicologico della colpa grave.

Detta responsabilità ha avuto una evoluzione normativa e giurisprudenzia-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le considerevole di cui si richiamano gli elementi più significativi:

-natura personale non trasmissibile agli eredi se non nel caso di indebito arricchimento;

-prescrizione quinquennale;

-limitazione della solidarietà riconducibile ai casi di dolo.

Si tratta di una responsabilità da tutti conosciuta in quanto caratterizzata dal potere di riduzione dell'addebito in relazione al grado di colpa pur al di sopra della soglia di rilevanza della gravità generalizzata dalla riforma degli anni 90.

È una forma di responsabilità pur sempre subordinata all'esistenza di un danno da recuperare anche parzialmente e diretta essenzialmente a monitorare l'azione degli operatori pubblici.

La responsabilità finanziaria sanzionatoria negli enti locali.

La puntualizzazione operata in premessa in ordine alla natura giuridica della responsabilità amministrativa e contabile sono utili per individuare la differenza strutturale della nuova responsabilità che andiamo ad esaminare.

Si tratta di responsabilità per fattispecie tipiche riconducibili alla funzione di amministrazione attiva negli enti locali tutte concernenti l'impiego delle risorse finanziarie.

Di particolare interesse risulta la norma contenuta nella Legge Finanziaria 2003 del 27.11.2002 n. 289 al comma 15 dell'art. 30 laddove prevede espressamente che "qualora enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento in relazione all'art. 119 della Costituzione i relativi atti e contratti sono nulli".

Il richiamato articolo 119 della Costituzione, come novellato della Legge Costituzionale n.3 del 18 ottobre 2001, riconosce ai Comuni, alle Province e alle Regioni autonomia finanziaria di entrata e di spesa ma pone il limite invalicabile al ricorso al mercato finanziario statuendo che gli stessi enti possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento escludendo ogni garanzia dello Stato sugli stessi prestiti.

Per assicurare l'osservanza del rispetto del divieto costituzionale lo stesso art. 30 prevede che "Le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti possono irrogare agli amministratori che hanno assunto la relativa deliberazione, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque fino a venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

La previsione della sanzione è preceduta dall'affermazione della nullità di atti e contratti.

La norma in esame che è seguita da altre analoghe prevede una responsa-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

bilità per fattispecie tipica di natura esclusivamente sanzionatoria che trova fondamento nel contesto costituzionale degli art. 130, 2° comma e 119 e che si distacca completamente dalla tradizionale forma di responsabilità amministrativa e contabile che presuppone un danno erariale riconducibile alla condotta di operatori pubblici che abbiano agito ponendo in essere comportamenti illeciti caratterizzati dalla sussistenza del dolo o di colpa grave.

Il fine della nuova norma non è la reintegrazione del patrimonio pubblico leso dal comportamento in giudizio, bensì l'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'organismo deliberante dell'ente locale per far ricorso a spese che non risultano supportate di copertura finanziaria.

La ratio è da individuare nell'equilibrio di bilancio per il rispetto del patto di stabilità.

Obiettivo del legislatore è che la gestione finanziaria dell'Ente Locale si fondi sul pareggio complessivo e non apparente nell'osservanza della regola basilare secondo cui alla copertura delle spese correnti debba provvedersi facendo ricorso alle entrate correnti.

Fattispecie analoga è quella prevista dall'ultima legge finanziaria che pone il divieto di contrarre mutui per spese che non risultino di investimento con l'effetto di trasferire alle generazioni successive o comunque in un contesto politico-finanziario non attuale spese che vengono a soddisfare esigenze immediate cui bisognerebbe far ricorso con copertura di entrate correnti. La tecnica sanzionatoria è la stessa già richiamata: infatti il contratto di mutuo è nullo e gli amministratori che hanno provveduto ad adottare la deliberazione sono condannati ad una sanzione nei limiti di un minimo di cinque fino a venti colte l'indennità di carica percepita.

L'applicazione della richiamata norma ha avuto un primo impatto nella giurisdizione ponendo dubbi interpretativi delle norme da applicare.

Tra le prime valutazioni giurisprudenziali della nuova normativa merita di essere richiamata la Sentenza della Sezione Giurisdizionale per il Lazio che si è pronunciata su una ipotesi di responsabilità sanzionatoria di cui al citato art. 30. comma 15 e in un giudizio promosso dalla Procura Lazio nei confronti degli Amministratori di un Comune per aver fatto ricorso all'indebitamento quale mezzo di copertura di spese per debiti fuori bilancio.

L'adita Sezione, a prescindere dalla individuazione dei debiti fuori bilancio anteriore alla entrata in vigore dell'art. 194 del D. Lg. 267del 2002, ha ritenuto che la domanda di irrogazione non possa essere accolta, dovendosi tener conto che il ricorso all'indebitamento non è stato portato ad esecuzione se non in ridotti limiti accordati dalla Cassa depositi e Prestiti.

Il Collegio ha espresso dubbi sulla applicabilità della sanzione in mancanza di esecuzione della delibera a prescindere dalla circostanza che il ricorso

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

all'indebitamento diventi operativo.

Il Collegio, pur approdando alla tesi della Procura che la sanzione sia applicabile anche soltanto per aver approvato la delibera, perviene alla conclusione che non sussiste nella specie la condizione dell'elemento psicologico nel senso che l'elemento della colpa grave deve essere escluso essendo sussistente e riconoscibile l'errore scusabile.

La motivazione pone dubbi interpretativi. Innanzitutto nella fattispecie in esame non trattandosi di responsabilità amministrativa, non sussiste il requisito dell'elemento psicologico della colpa grave quale si configura, dopo le recenti modifiche legislative, l'elemento psicologico nella responsabilità amministrativa.

Nella fattispecie tipica quale quella oggetto del giudizio per aver disposto spese senza copertura o parzialmente sprovviste di copertura finanziaria non possono essere utilizzate norme e criteri propri della responsabilità amministrativa.

L'elemento psicologico è da individuare in qualunque comportamento consapevole.

Ma nel caso di specie trattandosi di adozione di una deliberazione da parte di un organismo collegiale politico, l'elemento psicologico individuale di ciascun componente è irrilevante salvo casi eccezionali che possano escludere la consapevolezza. Nel procedimento decisionale dell'Organo deliberante è necessario e sufficiente l'aver espresso voto favorevole. La responsabilità del consigliere comunale è esclusa soltanto dal voto contrario, l'errore scusabile per la scarsa percezione del deliberando è ipotesi quasi impossibile. Infatti in termini politici non è mai stata esclusa la rilevanza di qualche voto adducendo motivi psicologici personali.

Sulla responsabilità finanziaria per difetto di presupposti non cambia niente. Il voto favorevole è di per se condizione necessaria e sufficiente per il sorgere in capo a ciascuno di una quota di responsabilità parimenti ripartita.

Un richiamo merita la Sentenza della Sezione giurisdizionale regionale siciliana n. 3198/2006.

Si afferma nella parte motiva della sentenza che la previsione di cui all'art. 30, comma 15 Legge 289/2002 integra una fattispecie sanzionatoria volta a reprimere un particolare illecito amministrativo rappresentato dal ricorso all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento. Si afferma, altresì, che la configurazione dell'illecito prescinde da una immediata e diretta lesione patrimoniale.

Per la consumazione dell'illecito si ritiene sufficiente l'adozione cosciente e volontaria di una delibera volta al reperimento di una provvista finanziaria con la quale far fronte ad una spesa corrente.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Per quanto riguarda gli aspetti processuali si afferma in sentenza che l'iniziativa processuale non è riservata al Pubblico Ministero potendo l'irrogazione della sanzione essere richiesta da chiunque ne abbia interesse. Tesi non condivisibile essendo il P.M. contabile il protagonista unico dell'azione in materia finanziaria pubblica. Si afferma ancora in parte motiva che la norma di cui al comma 15 non introduce una peculiare ipotesi di danno erariale, ma crea una fattispecie sanzionatoria volta a reprimere condotte pericolose per gli equilibri della finanza pubblica e per la sana gestione finanziaria. La norma in argomento viene interpretata come strumento volto a dare effettività alla previsione costituzionale che ha introdotto vincoli all'indebitamento degli enti territoriali. La norma si ritiene che sia destinata ad operare nelle situazioni in cui manca una lesione concreta del bene giuridico tutelato.

Quanto all'elemento soggettivo la sentenza premette un richiamo all'art. 3, comma 1 della Legge n. 689 del 24.11.1981, laddove prevede "nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa, ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

Da tale richiamo la Sezione desume che i Consiglieri Comunali in giudizio hanno agito con colpevole leggerezza ove si abbia riguardo alla circostanza che la fonte dei limiti all'indebitamento degli enti locali è da individuare in una norma di rango costituzionale.

Tanto premesso la Sezione Siciliana perviene alla decisione di condannare i convenuti determinando la sanzione pro capite pari a sette volte l'indennità di carica da ciascuno percepita alla data di adozione della delibera.

Natura giuridica della responsabilità per fatti tipici e problemi processuali.

Il primo impatto amministrativo e giudiziale con i primi esempi di fatti tipici di responsabilità per violazione dell'art. 30, comma 15, della Legge n. 289/2002 ha avuto effetti sconvolgenti sugli esponenti locali della classe politica e della classe forense.

Indipendentemente dai problemi processuali e di diritto sostanziale, lasciano perplessi le argomentazioni difensionali che fanno ricorso a tutte le ipotesi di utile riferimento per giungere a conclusioni assolutorie di convenuti. Su ciò inducono a riflettere anche le varie argomentazioni della giurisprudenza nell'accogliere o respingere le impostazioni della Procura Contabile.

È stata da taluno sostenuta l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 15, in relazione agli art. 3, comma 1, 24 comma 1, 97 comma 1, 119 comma 6, 100 comma 2 e 111 comma 1 e 2, inducendo:

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Arbitrarietà della norma laddove prevede un illecito senza danno e senza colpa;

Irrazionale prevalenza accordata dal legislatore al principio del buon andamento e interventi del principio della difesa.

Violazione del principio dell'equilibrio dei poteri;

Violazione del principio del giusto processo.

È stata anche contestata la giurisdizione della Corte dei Conti asserendo che nella specie si tratta di sanzioni amministrative e, come lascia intendere il verbo "arrogare" riconducibile alle infrazioni amministrative di cui alla Legge 689/1981, l'autore dell'illecito potrebbe giovarsi della tutela giurisdizionale del giudice di pace.

In ordine agli elementi di incertezza la giurisprudenza ha varato alcune precisazioni che vanno richiamate e coordinate. Quanto alla giurisdizione della Corte dei Conti non vi possono essere dubbi e non solo perché il legislatore in tutti i casi in discussione lo ha previsto espressamente, ma tenuto conto che i valori tutelati dalla responsabilità finanziaria sono tutti riconducibili alla finanza pubblica ai diversi livelli,materia della quale la Corte dei Conti è attributaria di giurisdizione esclusiva. La sanzione prevista dall'art. 30 risulta infatti posta a salvaguardia degli equilibri di bilancio.

La responsabilità che attiene all'esercizio di funzioni decisionali pubbliche in materia finanziaria si distingue dalla tradizionale responsabilità per danno erariale, ma è sempre riconducibile alla funzione di garanzia per la difesa degli equilibri della finanza pubblica. Essa è contigua al procedimento amministrativo che si conclude con una scelta politica perché di competenza dell'organismo elettivo. Essa tuttavia, non attiene alle scelte discrezionali che sono incensurabili e tanto meno alle scelte politiche di cui si risponde dinanzi agli elettori. Essa attiene e si svolge in un giudizio di accertamento di un presupposto per l'adozione delle deliberazioni da parte del consiglio comunale o provinciale.

L'accertamento della sussistenza della condizione-presupposto di disponibilità di risorse finanziarie per spese correnti, è un giudizio di natura finanziaria in relazione alle condizioni di bilancio.

Per quanto concerne gli aspetti processuali va richiamata la sentenza dell'Umbria del 9.4.2006, con la quale il Collegio ha ritenuto di non poter affrontare il merito del dibattito giudiziario ed ha dichiarato inammissibile la citazione, ritenuta l'irregolarità del giudizio per mancato avvio della speciale procedura preliminare dell'invito a dedurre dei convenuti ex art. 5 della Legge n. 19/1994. Secondo l'affermazione della Sezione adita l'invito andava notificato ai componenti dell'organo collegiale in quanto il giudizio per l'accertamento dell'illecito previsto dall'art. 30, comma 15 della Legge n.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

279/2002 è quello ordinario di responsabilità.

In mancanza di una norma espressa dettata dal legislatore per disciplinare un giudizio di responsabilità con connotazioni nuove e speciali rimangono dubbi.

Da un lato la mancata previsione di una disciplina speciale per un processo peculiare lascia perplessi.

Trattandosi, comunque, di un giudizio di responsabilità, la garanzia preliminare dell'invito a dedurre, sembra utile ancorché non necessaria. Le distinzioni sulla natura delle diverse forme di responsabilità debbono, tuttavia, indurre a riflettere sulla utilità dell'invito a dedurre in un giudizio che coinvolge i componenti di un organo collegiale non già per un danno, bensì per una deliberazione di parziale inosservanza delle norme per gli equilibri della finanza pubblica. Attesa la possibile effettiva destinazione di entrate non del tutto disponibili per spese correnti, la garanzia non sembra necessaria.

Infatti, l'atto è riconducibile a tutti i consiglieri che lo hanno votato, per cui le deduzioni individuali non hanno senso, atteso che ciascuno è soggetto ad una quota di responsabilità con sanzioni pecuniarie, ma l'atto, essendo collegiale, ha una motivazione giuridica precisa.

Trattandosi di un atto collegiale a valenza finanziaria tecnicamente di difficile accertamento, solo la Procura regionale acquisendo tutte le notizie utili può contestare la corretta realizzazione della fattispecie, e soltanto a seguito del contraddittorio tra le parti, sarà possibile accertare se ed in che misura l'illecito finanziamento con utilizzo di risorse non disponibili sarà stato realizzato.

L'adita sezione ha sottolineato che nella formulazione della norma costituzionale si percepisce la valenza sempre maggiore assunta dalla salvaguardia degli equilibri di bilancio, poiché il rispetto delle regole sull'indebitamento si pone come ordine della finanza pubblica che si fonda sul rispetto del patto di stabilità interno.

Si afferma, tra l'altro, che la previsione dell'illecito in esame è posta a salvaguardia di beni-valori che hanno un rilievo politico-istituzionale di primo piano. Il che significa che si è voluto dare ampia osservanza anche alle norme processuali proprio per l'alta valenza etica dell'accertamento.

L'argomento può essere affrontato dalla dottrina e poi confidare nella giurisprudenza che si esprimerà in attuazione dei nuovi valori della Amministrazione pubblica.

Il condono erariale alla luce della sentenza della Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 183/2007, si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità deferite dalla Sezione Giurisdizionale siciliana

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

remittente in merito all'art. 1, commi 231, 232 e 233 della Legge Finanziaria 2005 n. 266/2005.

Il comma 231 prevede con riferimento alle Sentenze di I° grado pronunciate in giudizi di responsabilità per fatti "commessi antecedentemente all'entrata in vigore della presente legge, i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna, possono chiedere alla competente Sezione d'appello, in sede di impugnazione, che il procedimento venga definito mediante il risarcimento di una sanzione non inferiore al 10% e non superiore al 20%.

Il comma 232 aggiunge che la Sezione d'appello con decreto in camera di consiglio, sentito il Procuratore determina la somma dovuta in misura non superiore al 30%.

La Corte Costituzionale ha deciso dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 231, 232 e 233 sollevate con riferimento agli art. 3, 97, 101 e 103 della Costituzione e ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità degli stessi articoli.

Argomenta la Corte che le ordinanze di remissione lamentano la violazione degli art. 3 e 97 Cost., in quanto intese a limitare il risarcimento patrimoniale dovuto dai condannati in primo grado.

Secondo la Consulta, le ordinanze di remissione della Corte dei Conti dubitano della legittimità costituzionale delle indicate norme se interpretate nel senso della limitazione del potere di cognizione della Corte alla semplice verifica delle condizioni formali di ammissibilità della domanda. Secondo le ordinanze remittenti il giudice contabile sarebbe stato obbligato ad accogliere la richiesta di applicazione del beneficio.

Con la Sentenza n. 183, la Corte ha asserito che le norme in questione non limitano il potere di cognizione nel giudizio in sede di appello al solo esame dell'ammissibilità dell'istanza di condono ma richiedono che il giudice d'appello valuti tutti gli elementi desumibili dalle sentenze di I° grado.

La Consulta ha così avallato la Sentenza della I° Sezione Centrale d'Appello, secondo cui l'ammissione alla definizione presuppone una valutazione di merito sul fatto che l'esigenza di giustizia possa ritenersi soddisfatta con una procedura semplificata.

Ne consegue che ove il giudice di appello abbia una valutazione del tutto diversa in ordine ai fatti commessi e al danno cagionato, possa escludere la forma abbreviata e procedere al giudizio di appello nelle forme ordinarie.

Quanto all'iniziativa processuale sono state formulate varie ipotesi tra cui quelle di applicazione delle norme del Regolamento di procedura R.D. 1033/1938 che prevede i giudizi ad istanza di parte.

L'ipotesi è tutt'altro che attendibile.

Nella specie trattandosi di una responsabilità finanziaria tipica che, ancor-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ché individuata da leggi recenti trova il supporto nell'art. 103, 2° comma della Costituzione, come attributiva di giurisdizione tendenzialmente esclusiva, il protagonista unico è certamente il pubblico ministero erariale.

Occorre piuttosto riflettere sulle difficoltà di individuazione della fattispecie di scopertura finanziaria.

Le Sezioni Riunite in sede di controllo, nell'adunanza del 15 febbraio 2005 hanno precisato che, le Sezioni di controllo, qualora vengano a conoscenza di ipotesi di illecito contabile, provvederanno alla segnalazione alla competente Procura Regionale della Corte dei Conti, secondo le indicazioni della Corte Costituzionale che nel confermare la netta distinzione tra controllo di gestione e giurisdizione di responsabilità amministrativa ha confermato che il Procuratore della Corte dei Conti può promuovere l'azione di responsabilità sulla base di elementi conoscitivi acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri istruttori conseguenti al controllo di gestione.

La procura attraverso uno studio approfondito dei Referti può procedere all'accertamento di ipotesi di deliberazioni non supportate da anche parziale copertura finanziaria.

Secondo la Sentenza n. 104/1989 della Corte Costituzionale per l'accertamento della responsabilità, il Procuratore della Corte dei Conti, non può chiedere una serie di atti, al di fuori di elementi concreti e specifici, in quanto si attribuirebbe compiti generali di controllo.

Tuttavia in ordine a fattispecie concrete gli accertamenti della procura potranno far emergere ipotesi d'illecito per scopertura finanziaria.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il risarcimento del danno ambientale: concorrenti profili di responsabilità amministrativa.

di Massimo PERIN*

SOMMARIO:1. Premessa 2. Nozione di danno ambientale e definizione della giurisdizione. 3. Le violazioni ambientali e l'impianto mite delle sanzioni. 4 Gli interventi della giurisdizione contabile per la difesa dell'ambiente. 5. L'intervento nel processo contabile delle associazioni di protezione ambientale. 6. Conclusioni.

(legislazione: Legge 8 luglio 1986 n. 349, Legge 15 dicembre 2004, n.308; D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195; D.lgs n. 152. del 3 aprile 2006; D.Lgs. n. 284 dell'8 novembre 2006 ; D.Lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008)

1. Premessa - L'importanza della tutela dell'ambiente si trae dall'esigenza della sua protezione sollecitata, già da tempo, nel contesto internazionale[1], dove la conservazione del «*bene ambiente*» garantisce la tutela e la dignità della persona, la quale ha diritto a vivere in un ambiente salubre e ad assicurare che la stessa salubrità sia conservata anche per le generazioni future[2].

Non vi è dubbio che la "*questione ambiente*" nasce per il conflitto uomo – natura, nel senso che le attività umane possono comportare effetti negativi, a volte anche devastanti, e per questo motivo è necessario che siano previste regole certe ed efficaci, validi sistemi di controllo e di prevenzione, nonché ragionevoli, proporzionate ed efficaci sanzioni per coloro che danneggiano l'ambiente.

Nondimeno, l'uomo trae dall'ambiente molte risorse indispensabili alla propria esistenza ed ha, quindi, l'obbligo di preservarlo e sfruttarlo con giudizio, ragionevolezza ed equilibrio; infatti, dall'ambiente dipende la sua salute e la sua stessa sopravvivenza[3].

---

* Vice Procuratore Generale della Corte dei conti – Procura regionale dell'Abruzzo

[1] Si ricorda la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, la Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. nonché la Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo di Rio de Janeiro e il Protocollo di Kioto, riguardante il riscaldamento globale, adottato l'11 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 16 febbraio 2005, sul quale non si riesce ancora a raggiungere un consenso pieno, dal momento che manca l'adesione degli U.S.A. e dell'Australia che temono di danneggiare il proprio sistema industriale, inoltre i paesi in via di sviluppo sono stati esclusi, al fine di non ostacolare la loro crescita economica.

[2] Questa impostazione viene con efficacia riportata da Paolo Maddalena, "*Il diritto all'ambiente come diritto individuale dell'uomo*", Rass. Cons. Stato, parte II, 1995, pag. 1897, dove l'Autore mette in rilevo che l'ambiente appartiene a tutti, e ciascuno ha il diritto – dovere di gestirlo e conservarlo, nel proprio e nell'altrui interesse, specialmente quando lo stesso deve essere conservato per le generazioni future.

[3] Maurizio Renzulli in "*Tutela dell'ambiente e proprietà privata*" afferma che l'ambiente, inteso nella sua massima espansione concettuale di spazio nel quale l'individuo svolge ogni atto della sua esistenza, sembra trovare nella Carta costituzionale un diretto ed unitario riconoscimento. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. è possibile derivare una nozione d'ambiente sostanzialmente omogenea e comprensiva non solo di quegli elementi di natura morfologica ed antropica, che già tradizionalmente si facevano rientrare nella locuzione costituzionale di paesaggio, ma anche di quei fattori fisici, biologici e chimici, riconducibili al

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

L'Unione europea ha sempre mantenuto un forte impegno a favore dell'ambiente, occupandosi della tutela della qualità dell'aria e dell'acqua, della conservazione delle risorse e della biodiversità, della gestione dei rifiuti[1] e delle attività con effetti dannosi.

La politica europea per l'ambiente, si fonda sull'articolo 174 del trattato che istituisce la Comunità europea, mira a garantire, mediante misure correttive legate a problemi ambientali specifici o tramite disposizioni più trasversali o integrate in altre politiche, uno sviluppo sostenibile del modello europeo di società.

La medesima politica assicura, altresì, una corretta informazione ambientale in ragione della direttiva 2003/4/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003 (recepita nell'ordinamento interno con il D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195), concernente l'accesso del pubblico all'informazione ambientale, dove viene garantito "il diritto d'accesso all'informazione ambientale" detenuta dalle autorità pubbliche.

L'accesso all'informazione ambientale risponde all'esigenza di garantire la più ampia trasparenza in materia ambientale, in quanto la stessa deve essere sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (cfr. art. 1 lettera a e lettera b del D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195).

2. Nozione di danno ambientale e definizione della giurisdizione.

La prima definizione di danno ambientale si trae dall'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, il quale ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il risarcimento, identificando il danno ambientale come la «**compromissione**» dell'ambiente cagionata da «**qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o provvedimenti adottati in base a legge**».

---

concetto naturalistico d'ambiente, che soltanto gradualmente, attraverso la progressiva acquisizione delle istanze ambientali provenienti dalla società, sono stati assunti alla massima dignità giuridica, così nella Rivista *on line* LEXITALIA alla pag. web http://www.lexitalia.it/articoli/renzulli_ambiente.htm.

[1] Si intende per "rifiuto" qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I (della direttiva sui rifiuti) e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi, cosi come stabilito nella direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE. La normativa comunitaria è stata recepita nel D.Lgs. n. 22 del 1997, agli artt. 6 ed 8, e nel D.Lgs. n. 152 del 2006 (testo unico dell'Ambiente), agli articoli 185 e 183 (cfr. anche Cass. pen. III sezione n. 41582 del 9 ottobre 2007). Più recentemente, la Cassazione III Sezione penale con la sentenza n. 29229 del 10 luglio 2008 afferma che costituisce "rifiuto" qualsiasi sostanza che rientra nelle categorie riportate nell'Allegato A (aggiornato sulla base del nuovo Catalogo Europeo dei Rifiuti, stabilito dalla Comunità europea con la decisione 2000/352 CE, come emendata dalle decisioni 2001/118/CE, 2001/119/CE e 2001/572/CE) e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Ebbene, il concetto di danno ambientale, necessario per rendere effettivo il principio comunitario "*chi inquina paga*", e secondo cui i costi dell'inquinamento devono essere sopportati dal responsabile del danno, era già presente nel nostro sistema giuridico prima della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente.

Infatti, il danno ambientale era stato ricondotto dal giudice contabile, fin dagli anni '70, alla nozione di danno erariale, con conseguente competenza decisoria della Corte dei conti[1], investita di fattispecie di pregiudizio ambientale prodotte da dipendenti delle amministrazioni, i cui costi ricadevano sui pubblici bilanci[2].

Il pregiudizio ambientale, con la predetta norma, era stato incanalato nella responsabilità civile, nonostante la forte connotazione pubblicistica per la natura del bene leso, la cui difesa interessava principalmente la collettività, destinata a subire gli effetti negativi dell'azione dannosa.

Per la giurisprudenza (Cassazione penale, sentenza n. 16575 del 3 marzo 2007), il danno ambientale rientra nella responsabilità extracontrattuale (o aquiliana) connessa a fatti, dolosi o colposi, cagionanti un danno ingiusto all'ambiente, dove l'ingiustizia sorge per la violazione di una disposizione di legge e dove il soggetto titolare del risarcimento è lo Stato. Il contenuto del risarcimento mira ad ottenere il ripristino dello stato dei luoghi a cura del responsabile della violazione, quando ciò è possibile. Quando il ripristino dello stato dei luoghi non è possibile, il risarcimento deve avvenire per equivalente.

Nel risarcimento per via equitativa si deve tener conto di alcuni parametri di giudizio, quali la gravità della colpa individuale del responsabile, del costo per il ripristino dello stato dei luoghi, del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del proprio comportamento.

Ovviamente, tutto ciò ha comportato il superamento della concezione strettamente patrimoniale del pregiudizio ambientale, con la rilevanza autonoma del «*danno evento*» (la cd. lesione del bene ambiente in sé), in sostituzione del «*danno conseguenza*» (Cass. I sez. n. 9211 dell'1.9.1995), per il quale rilevano solo le spese necessarie e documentate per il ripristino delle situazioni compromesse dal danno.

Infatti, la Cassazione ha superato la mera visione compensativa del risarcimento del danno ambientale, perché non si può far ricorso ai parametri

---

[1] Cfr. Stefania Pallotta, *Spunti di riflessione in materia di danno ambientale da una recente sentenza del Tribunale di Venezia*, http://www.lexambiente.com, dove rileva che l'intervento del giudice contabile negli anni '70, non sfuggiva a quella genesi pretoria che ha caratterizzato i principali istituti di diritto ambientale.

[2] Cfr. Corte dei conti, II sezione, 30.4.1985, Riv. Corte dei conti, 1985, pag. 126.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

strettamente patrimoniali del pregiudizio, dovendosi tenere conto della «*natura immateriale*» del bene ambiente per la rilevanza del valore d'uso della collettività che usufruisce e gode di tale bene (cfr. Cass. I sez. n. 9211 dell'1.9.1995 e Cass. civ. n. 4362 del 9.4.1992).

A questo percorso, la Cassazione (sentenza 5650 del 19.6.1996, riguardante il noto disastro del Vajont del 1963) aggiunge che la configurabilità del bene – ambiente ed il risarcimento del danno ambientale trovano il momento genetico direttamente negli articoli della Costituzione (artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo *habitat* economico, sociale ed ambientale, con la conseguenza che tanto la Carta fondamentale, quanto l'art. 2043 del c.c. «*apprestavano all'ambiente una tutela organica*».

Pertanto, il danno ambientale assume una triplice dimensione: *personale* (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente di ogni uomo); *sociale* (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente di ogni formazione sociale, dove si sviluppa e vive la personalità umana); *pubblica* (lesione del diritto – dovere pubblico delle istituzioni centrale e periferiche con specifiche competenze ambientali) (cfr. Cass. III sezione, n. 439 del 19.1.1994).

Il danno ambientale può presentarsi, *medio tempore*, anche per la mancata disponibilità del bene ambiente intatto, e, quindi, la risarcibilità per le perdite temporanee risponde all'esigenza di riparare la perdita di fruibilità del bene dovuta all'azione illecita, la quale perdura fintantoché non sia ricostituito lo *status quo* (Cass. penale, sentenza n. 16575 del 3 marzo 2007).

Il giudice contabile, negli anni antecedenti alla legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, poneva in evidenza queste situazioni: infatti, il pregiudizio non era a carico di uno o pochi soggetti privati, ma della stessa collettività che, prima subiva gli effetti rovinosi (la cd. lesione ambientale in sé) e poi, attraverso i pubblici bilanci, alimentati dal prelievo fiscale, partecipava agli oneri economici del ripristino.

Comunque, una volta introdotta la norma dell'art. 18 della legge 349 del 1986, la giurisdizione sul danno ambientale diretto è stata assegnata al giudice ordinario; infatti, la Cassazione (Sezioni unite, sentenza n. 10733 del 28.10.1998) ha affermato che l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e funzionari degli enti territoriali (nella specie, il sindaco di un comune) rientra nella giurisdizione contabile della Corte dei conti soltanto per ciò che attiene al cosiddetto danno erariale (quanto, cioè, agli esborsi indebitamente sostenuti dagli enti medesimi), mentre, con riferimento al danno urbanistico - ambientale (nella specie, derivante da lottizzazione abusiva della quale il sindaco era stato riconosciuto responsabile in sede penale), l'azione

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

stessa è devoluta alla cognizione del giudice ordinario, *ex* art. 18 della legge n. 349 del 1986[1].

Questa posizione della giurisprudenza della Cassazione, corroborata dalla impostazione del giudice delle leggi, si poneva nell'ottica della limitazione della responsabilità amministrativa ai soli danni patrimoniali, detti anche danni erariali, che oggi ha subito importanti modifiche interpretative[2], dal momento che, nell'attuale realtà giuridica, l'oggetto dell'azione di responsabilità amministrativa riguarda, non soltanto i beni patrimoniali dell'ente pubblico, ma anche il prestigio dell'Amministrazione (nella cui lesione si concreta il danno all'immagine) e, soprattutto, i beni della collettività (in quanto oggi deve intendersi per Stato lo «*Stato comunità*», e lo «*Stato persona*» è soltanto ente esponenziale della collettività).

Tra i beni della collettività, ovviamente, un ruolo primario spetta al «*bene ambiente*», anche se la norma dell'art. 18, della legge n. 349, del 1986, ha sottratto alla Corte dei conti la giurisdizione in siffatta materia (riguardo i dipendenti pubblici), affidandola al giudice ordinario[3]. Resta, in ogni caso, spazio per la giurisdizione contabile per il danno ambientale indiretto, quando a seguito di una condanna emessa dal giudice ordinario l'amministrazione deve risarcire il danno a causa di condotte illecite tenute da dipendenti e/o amministratori pubblici.

In proposito, giova ricordare la posizione della dottrina più attenta alla "tutela ambientale"[4], secondo la quale, anche se la nostra Costituzione non parla in modo esplicito dell'ambiente (differentemente da quelle più moderne come quella spagnola e quella portoghese), l'ambiente stesso, grazie

---

[1] La Corte costituzionale con la sentenza n. 641 del 30.12.1987, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 349 del 1986, nella parte in cui sottrae alla giurisdizione della Corte dei conti la responsabilità dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per i danni arrecati all'ambiente nell'esercizio delle proprie funzioni, in riferimento agli artt. 5, 25 e 103 della Costituzione. Nell'occasione, la Consulta ha affermato che il legislatore può scegliere le sanzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi nelle varie materie ed effettuare altresì la conformazione tipologica delle responsabilità.

[2] È sufficiente pensare alla recente giurisprudenza della Cassazione, prima di tutto, per quanto riguarda il danno all'immagine (SS.UU. della Corte di Cassazione n. 5668/1997 e n. 744/1999), in seguito in ordine all'affermazione della giurisdizione contabile sulla sindacabilità degli atti discrezionali, dove si deve verificare la compatibilità delle scelte discrezionali con le finalità dell'ente pubblico (sentenza del 29 settembre 2003 n. 14488), nonché sulla compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici (sentenza 25 gennaio 2006 n. 1378); inoltre, si ricorda l'estensione della giurisdizione contabile sugli enti pubblici economici, sulle S.p.A. partecipate, sui soggetti privati che beneficiano di contributi comunitari per il raggiungimento di finalità pubbliche.

[3] Questa norma per aver sottratto al giudice contabile il danno ambientale prodotto da agenti pubblici è stata criticata da Paolo Maddalena (attualmente giudice costituzionale) in *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, alla pag. web http://www.lexitalia.it/articoli/maddalena_sistemazione.htm.

[4] Paolo Maddalena, "*L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*", Rass. Cons. Stato, parte II, pag. 946.

all'interpretazione dottrinale ed a quella giurisprudenziale, è stato considerato un interesse costituzionalmente garantito e protetto in base all'art. 9 sulla tutela del paesaggio, all'art. 32 sulla tutela della salute ed all'art. 2 che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, sia individualmente, sia come componente delle formazioni sociali dove esprime la propria personalità.

La recente giurisprudenza contabile (Corte dei conti, Sezione Molise, n. 148 del 14.12.2007), a questo proposito, richiama che, per effetto dell'esplicita previsione legislativa di cui all'art. 18 comma 2, della legge n. 349/1986, il danno all'ambiente si considera un danno alla collettività; infatti, la disposizione sta a significare che se l'amministrazione pubblica provvede al risarcimento del danno ambientale nei confronti della collettività, e cioè, se provvede al ripristino del danno cagionato dagli amministratori o dipendenti pubblici, l'azione per il recupero di dette somme spetta al Pubblico Ministero presso la Corte dei conti, e la relativa fattispecie di responsabilità risarcitoria è devoluta alla cognizione del giudice contabile in forza dell'espressa previsione di cui al citato art. 18 comma 2, della legge n. 349/1986.

La scelta legislativa di preferire il giudice ordinario ha comportato, appunto, l'individuazione nel Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare[1] a centro di riferimento dell'interesse pubblico ambientale, realizzando, così, il coordinamento e la riconduzione ad unità delle azioni politico – amministrative finalizzate alla sua tutela, coordinamento che oggi deve tenere conto anche della nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione[2].

Il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare si presenta, in quanto Stato, come il massimo ente esponenziale della collettività nazionale in questa materia.

Ebbene, l'art. 117, alla lettera s), afferma che lo Stato dispone della potestà legislativa esclusiva per la tutela dell'ambiente, rientrando nella potestà legislativa concorrente tutta una serie di materie (valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, protezione civile, governo del territorio) che, di fatto, interagiscono con le politiche di difesa ambientale, con la conseguenza che il

[1] Questa è la corrente denominazione del Ministero dell'Ambiente, competente, appunto, nelle materie concernenti la quantificazione del danno ambientale ed il relativo contenzioso, ivi compreso il risarcimento, nonché la predisposizione degli elementi per l'adozione delle relative ordinanze cautelari, vedi http://www.minambiente.it.

[2] Per quanto riguarda la disciplina ambientale, non solo le Regioni ordinarie non hanno acquisito maggiori competenze, invocabili anche dalle Regioni speciali, ma, diversamente, è stata espressamente riconosciuta allo Stato una competenza legislativa esclusiva in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, sia pure in termini che non escludono il concorso di normative delle Regioni, fondate sulle rispettive competenze, al conseguimento di finalità di tutela ambientale (cfr. Corte cost. sentenze n. 62 del 2005, n. 407 del 2002, n. 307 e n. 312 del 2003, n. 259 del 2004), pag. http://www.lexitalia.it/p/51/ccost_2005-01-29.htm della Rivista *on line* LEXITALIA.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

coordinamento tra Stato e Regioni diventa un aspetto fondamentale in questa materia.

Come ha recentemente rilevato la Corte costituzionale[1] le Regioni, nell'esercizio di proprie competenze, possono perseguire fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale; tuttavia, il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale può ammettersi solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza e, comunque, non si ponga in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che proteggono l'ambiente.

A tutto ciò si deve aggiungere che, in presenza di gravi disastri ambientali, l'intervento finanziario dello Stato per le azioni di bonifica e di ripristino diventa assolutamente indispensabile sia per le professionalità presenti negli apparati statali (es. Corpo dei vigili del fuoco, Corpo Forestale dello Stato, Guardia Costiera, *ecc*…), sia per il rilevante impegno finanziario[2].

Tornando alla definizione odierna di danno ambientale il Codice dell'ambiente[3] all'art. 300 afferma:

1. È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima[4].

2. Ai sensi della direttiva 2004/35/CE costituisce danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato:

a) alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria di cui alla legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante norme per la protezione della fauna selvatica, che recepisce le direttive 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979; 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985 e 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991 ed attua le convenzioni di Parigi del 18 ottobre 1950 e di Berna del 19 settembre 1979, e di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, recante regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche, nonché alle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre

[1] Cfr. Corte costituzionale sentenza del 18 giugno 2008 n. 214 - Pres. Bile, Red. Tesauro in http://www.lexitalia.it/p/81/ccost_2008-06-18.htm.

[2] La Corte costituzionale con la sentenza 5 maggio 2006 n. 182 ha affermato che la tutela tanto dell'ambiente quanto dei beni culturali è riservata allo Stato (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.), mentre la valorizzazione dei secondi è di competenza legislativa concorrente (art. 117, terzo comma, Cost.).

[3] con il D.Lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008 è stato, da ultimo, modificato il codice dell'ambiente con l'approvazione delle nuove norme in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), valutazione ambientale strategica (VAS), autorizzazione ambientale integrata (IPPC) e rifiuti.

[4] sostanzialmente è la perdita di qualità posseduta dalle risorse.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

1991, n. 394, e successive norme di attuazione;

b) alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate, quali definiti nella direttiva 2000/60/CE, ad eccezione degli effetti negativi cui si applica l'articolo 4, paragrafo 7, di tale direttiva;

c) alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali;

d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente.

Per quanto riguarda il profilo di risarcimento del danno ambientale l'art. 311 (azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale) afferma:

1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.

2. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato.

3. Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo III della parte sesta del presente decreto.

Questa norma stabilisce, in maniera chiara, una competenza nell'azione di risarcimento al Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio[1], al quale, il successivo art. 312, consente, per l'accertamento dei fatti, per

[1] L'attribuzione alla Stato della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria è connessa non tanto alla proprietà del bene, quanto alla funzione dello Stato di perseguire l'interesse pubblico alla conservazione dell'ambiente, perché titolare degli interessi generali della collettività, cfr. G. Cassano e C. Cosentino, Il Danno Ambientale, IPSOA, 2000, pag. 6.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'individuazione dei trasgressori, per l'attuazione delle misure a tutela dell'ambiente e per il risarcimento dei danni, di delegare il Prefetto competente per territorio ed avvalersi, anche, mediante apposite convenzioni, della collaborazione delle Avvocature distrettuali dello Stato, del Corpo forestale dello Stato, dell'Arma dei carabinieri, della Polizia di Stato, della Guardia di finanza e di qualsiasi altro soggetto pubblico dotato di competenza adeguata[1].

L'azione risarcitoria spetta al Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e riguarda tutte le ipotesi di danni causati sia da soggetti legati all'amministrazione (e, dunque, in rapporto di servizio), sia da privati estranei a quest'ultima.

Il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio dispone di due alternative per procedere al recupero del danno ambientale: può agire in via giudiziaria, ovvero procedere al recupero in via amministrativa attraverso la procedura regolata dagli artt. 312 e seguenti del D.Lgs. n. 152 del 2006 che, in parte, era stato anticipato dai commi da 439 a 443 della legge finanziaria n. 266 del 2005.

Il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio ha la possibilità di intervenire in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale (art. 315 del D.Lgs. n. 152 del 2006).

A questo punto è indubitabile che il Ministero, come già affermato dalla Consulta (sentenza n. 641 del 1987), assurge a centro di riferimento dell'interesse pubblico ambientale, a cui è affidato e in maniera più specifica, con il nuovo testo unico, il coordinamento delle azioni politico – amministrative finalizzate alla sua tutela. Il predetto testo unico che è stato oggetto di recentissima modifica con il D.Lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008, che ha apportato ulteriori disposizioni correttive ed integrative in materia ambientale.

Con quest'ultima legislazione si afferma che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente; viene altresì mantenuto e rinforzato il forte rilievo del principio «**chi inquina paga**» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regola la politica della comunità in materia ambientale (cfr. art. 3 *ter* inserito dall'art. 1 del D.Lgs. 4/2008).

Pertanto, pure le Regioni, le Province autonome e gli enti locali, anche as-

[1] Ad esempio per i danni all'ambiente marino il Ministero si avvale del Corpo delle Capitanerie di Porto – Guardia costiera.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sociati, nonché le persone giuridiche e private che sono state colpite dal pregiudizio ambientale e che, comunque, vantino un interesse alla partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino, sono legittimati ad agire secondo i principi generali nei procedimenti innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (cfr. Cass. penale n. 16575 del 6.3.2007)[1].

In ogni caso, pur in presenza di questa impostazione, verso la quale non erano mancate, a suo tempo, critiche in ordine all'effettività del suo funzionamento ed alla voluta tutela del bene ambientale, non si esclude che il legislatore possa intervenire per colmare le lacune e le deficienze rilevate, al fine di assicurare l'effettività della norma[2].

In modo particolare, la Consulta aveva affermato, nella nota sentenza n. 641 del 1986, che, in caso di omissioni da parte degli organi deputati all'avvio delle iniziative risarcitorie, l'ordinamento apprestava già alcuni rimedi, quali la denuncia per omissione di atti d'ufficio degli amministratori inerti, la legittimazione degli organi di vigilanza dell'ente, la nomina di commissari *ad acta* o curatori speciali *ex* art. 78 c.p.c. . A questo aggiungeva che, in ragione del regime di temporaneità delle cariche pubbliche che importano la rappresentanza dell'ente e della sostituzione degli amministratori responsabili di eventuali danni con altri che abbiano maggiore cura dell'interesse pubblico, si poteva rimediare alla carenza di effettività.

In ogni caso, la scelta del giudice ordinario assicurava la regolarità di giudizio, sia per la sussistenza dei tre gradi di giudizio, sia per la struttura del sistema probatorio ed istruttorio, sia, infine, per la maggiore idoneità del giudice ordinario alla cura degli interessi concernenti rapporti di natura paritaria

[1] Nel nostro ordinamento esiste un duplice sistema di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste (e dei comitati), sussistendo la possibilità per il giudice di valutare caso per caso l'applicabilità dell'art. 18 della L. 8 luglio 1986 n. 349, ovvero di stabilire la sussistenza della legittimazione in capo ad una determinata associazione ad impugnare provvedimenti lesivi di interessi ambientali. L'esplicita legittimazione, ai sensi degli art. 13 e 18 della L. 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientalistiche di dimensione nazionale e ultraregionale all'azione giudiziale non esclude, di per sé sola, che possa essere riconosciuta da parte del giudice amministrativo analoga legittimazione ad agire ai sensi della stessa normativa, in un ambito territoriale e comunitario ben circoscritto, agli organismi - comitato o associazioni - che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio e non intendano estendere il raggio della propria azione oltre la comunità e l'ambito territoriale ove si collocano e cui riferiscono i loro programmi e la propria attività (così Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 2 ottobre 2006 n. 5760, come riportata con massima dell'autorevole Rivista *on line* LEXITALIA, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds4_2006-10-02-4.htm.

[2] Infatti, la Corte costituzionale nella sentenza n. 641 del 1987 aveva escluso che la sottrazione del potere di azione ad un organo pubblico imparziale, quale il P.M. presso la Corte dei conti, avesse rilievo e consistenza ai fini dell'incostituzionalità dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986, perché il legislatore aveva, comunque, predisposto un sistema di legittimazione ad agire per lo Stato e per gli enti sul cui territorio incidono i beni oggetto del fatto lesivo.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

attribuiti alla sua competenza.

Ebbene, parte di queste argomentazioni, a distanza di tempo, si rilevano deboli per una serie di motivi.

Infatti, sulla temporaneità delle cariche sussistono forti dubbi, dal momento che i sistemi elettorali di tipo maggioritario (che, appunto, possono garantire l'alternanza nelle cariche pubbliche) sono stati, di fatto, resi inoffensivi[1], oltre alla circostanza che quando l'iniziativa risarcitoria viene rimessa all'amministratore che subentra al suo predecessore sussistono forti dubbi circa l'imparzialità dell'azione, prevalendo sulla stessa motivi metagiuridici, quali l'ostilità politica.

La scelta garantistica dei tre gradi di giudizio per il risarcimento del danno ambientale, stante l'attuale crisi del sistema giudiziario civile, si pone, invece, a favore degli autori dei danni che hanno tutto l'interesse ad assecondare i noti ritardi del processo civile, il quale, nonostante le frequenti novelle, stenta a raggiungere quella ragionevole durata stabilita nell'art. 111 della Carta fondamentale, senza trascurare la circostanza che la presenza eccessiva di orpelli garantistici (inseriti nelle varie legislature) nei processi privilegia l'inutile forma in danno della sostanza[2].

Per quanto riguarda, infine, la struttura del sistema probatorio ed istruttorio, quella presente nel processo di responsabilità amministrativa non presenta carenze o profili di incostituzionalità (tenuto conto della regola del giusto processo *ex* art. 111 della Costituzione), anzi, per la tutela degli interessi pubblici, quali sono quelli ambientali, garantirebbe meglio la collettività, non avendo il P.M. contabile i limiti che incontra il Ministero dell'Ambiente (cfr. art. 312, comma 4°, comma 5° e comma 6°), il quale per l'esercizio di tutta una serie di attività istruttorie deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria competente.

A questo punto, si prende atto della scelta del legislatore, la quale non esclude, come si vedrà in seguito, un'azione convincente del giudice contabile in materia di protezione ambientale, anche se con profili diversi da quelli del danno ambientale diretto disciplinato nel testo unico n. 152 del 2.3.2006.

Resta fermo il principio che, per essere risarcibile il danno, occorre che vi

---

[1] L'inoffensività è stata prodotta non solo dallo svuotamento delle legislazione in materia elettorale di tipo maggioritario, ma anche dal sistema politico che impedisce, di fatto, il ricambio delle componenti (comprese le personalità) di governo.

[2] È sempre utile ricordare che l'inefficienza del processo civile è uno degli elementi (insieme all'inutile burocrazia ed all'eccessivo moltiplicarsi dei centri di potere decisionale) che scoraggiano gli investitori ad operare nel nostro Paese, mentre l'inefficienza del processo penale è un "delizioso regalo" agli autori dei reati che confidano nella quasi totale impunità delle loro azioni (n.d.r.). Da ultimo, si ricordano anche gli indennizzi corrisposti per il danno da ritardo ai sensi della legge Pinto, con la conseguenza che, alla fine, gli oneri cadono sul bilancio pubblico e, quindi, sui cittadini.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

siano stati fatti commissivi od omissivi, colposi o dolosi in violazione della legge o di provvedimenti adottati in base ad essa.

In ogni caso, l'odierna scelta legislativa sembra recuperare spazio verso il modello di responsabilità oggettiva[1], anche se appare prevalente il tipo di responsabilità colposa strutturata sulla falsariga dell'illecito aquilano[2], dove il danno dipende anche da un comportamento tenuto in violazione delle norme e dei provvedimenti posti a tutela dell'ambiente.

Nella dottrina[3] sono presenti orientamenti favorevoli alla natura della responsabilità del danno ambientale fondato sulla colpa oggettiva, conseguente alla violazione di legge che deve essere preesistente all'azione illecita. A questo proposito, la scelta di campo della responsabilità oggettiva, in luogo del criterio soggettivo dell'imputazione per colpa o dolo, è stata seguita da altri legislatori (es. quello tedesco del 1990), essa risponde meglio alle esigenze di protezione dell'interesse tutelato e, quindi, dell'ambiente, pretendendo, così, da coloro che svolgono attività che possono incidere negativamente su questo bene, un'attenzione più alta per la consapevolezza dei rischi presenti.

3. Le violazioni ambientali e l'impianto mite delle sanzioni - In materia di tutela dell'ambiente il legislatore con il testo unico ha dato rilievo, in osse-

---

[1] Cfr. le varie ipotesi di danno ambientale di cui all'art. 300, dove rileva, appunto, il deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima. Per responsabilità oggettiva si intende la responsabilità che prescinde da ogni valutazione di colpa. Una fattispecie tipica di responsabilità oggettiva che interessa l'ambiente è la responsabilità per danni nucleari, sancita a carico degli esercenti degli impianti nucleari (art. 15, commi 1 e 2 della legge n. 1860 del 1962, come modifica dal d.P.R. n. 519 del 1975. Il danno nucleare può riguardare anche i rifiuti radioattivi immagazzinati (cfr. C.M. Bianca, Diritto civile, Vol. 5 "La responsabilità", Milano, 1994, pag. 738.

[2] G. Cassano e C. Cosentino, cit. pag. 39, i quali affermano, prima dell'introduzione del testo unico, che il regime di responsabilità prescelto è addirittura meno severo rispetto a quello previsto dall'art. 2050 del codice civile, relativo alla attività pericolose, le quali sono anche quelle maggiormente inquinanti. La Corte costituzionale nella sentenza n. 641 del 1987 affermava che la responsabilità per danno ambientale è correttamente inserita nell'ambito e nello schema della tutela aquiliana (art. 2043 c.c.). la Suprema Corte afferma che in caso di compromissione dell'ambiente a seguito di disastro colposo, il danno morale soggettivo lamentato dai soggetti che si trovano in una particolare situazione (perché abitano e/o lavorano in detto ambiente) e che provino, in concreto, di avere subito un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinamenti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico-fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, trattandosi di reato plurioffensivo che comporta, oltre all'offesa all'ambiente ed alla pubblica incolumità, anche l'offesa ai singoli, pregiudicati nella loro sfera individuale. Il danno morale può intendersi provato se il danneggiato sia rimasto coinvolto in un grave clima di allarme prodotto da un disastro, riportandone un perturbamento psichico che fu conseguenza della sottoposizione a controlli sanitari, resi necessari dall'insorgenza di sintomi preoccupanti (Sezioni unite civili, sentenza 21 febbraio 2002 n. 2515, con massima nella Rivista on line LEXITALIA, alla pag. http://www.lexitalia.it/private/ago/ccassunciv_2002-02-21.htm, sulla fattispecie relativa al disastro ambientale di Seveso).

[3] G. Alpa, Istituzioni di diritto privato, Torino, 1994, pagg. 1134 e 1135.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

quio al principio di precauzione[1], al momento della prevenzione delle attività lesive e alla riduzione degli effetti derivanti dall'inquinamento (cfr. ad esempio l'art. 73 a proposito della tutela delle acque dall'inquinamento, ovvero, l'art. 124 in materia di scarichi, i quali devono essere tutti preventivamente autorizzati, ed ancora l'art. 304 che prevede la cd. azione di prevenzione, che opera quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi), conseguentemente, l'azione di controllo assume un ruolo strategico, dal momento che, qualsivoglia forma di cautela, per essere credibile, necessità di un'azione preventiva efficace di accertamento[2], così come l'azione repressiva è indispensabile per sanzionare coloro che hanno danneggiato l'ambiente.

Infatti, la Corte di Cassazione[3], uniformandosi ai principi della giurisprudenza della Corte di giustizia ha, da tempo affermato, che i paesi membri e le loro istituzioni hanno l'obbligo di prevenire i pericoli di danno all'ambiente e all'uomo, ponendo, quindi, un'attenzione particolare al momento della prevenzione e del controllo sulle attività.

Oltre le finalità preventive sono importanti anche quelle dissuasive, solamente che queste trovano sul piano sanzionatorio una serie di misure che non sono sufficienti a far recedere dai loro comportamenti gli autori dei pregiudizi in materia ambientale (cfr. artt. 133 – 140), perché le sanzioni amministrative non superano l'importo dei sessantamila euro per le condotte più gravi, mentre quelle penali non superano, sempre nei casi più gravi, la pena dell'arresto fino ad un massimo di tre anni.

Si deve, altresì, rilevare che anche in materia di obblighi del condannato di cui all'art. 139, il beneficio della sospensione condizionale della pena "*può essere subordinato al risarcimento del danno e all'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino*", quando, invece, sarebbe stato utile inserire nel testo il termine dell'obbligo «*effettivo*» del risarcimento per ottenere il predetto beneficio, in quanto nella pratica elusiva delle norme (attività purtroppo sempre presente nei comportamenti umani) possono avvenire ristori parziali e/o interventi claudicanti di messa in sicurezza, bonifica e ripristino, specialmente ove l'azione di controllo degli apparati pubblici fosse

[1] l'art. 301 stabilisce in attuazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, che deve essere assicurato un alto livello di protezione.

[2] occorre ricordare che questa azione è sempre onerosa per il bilancio pubblico, di conseguenza un impianto sanzionatorio mite, oltre ad essere sprovvisto di ragionevolezza, è contrario ai principi fondamentali dell'economia, perché i pubblici bilanci sono pesantemente gravati per ripristinare situazioni compromesse da azioni illecite che hanno arricchito abbondantemente i loro autori (si pensi alla questione rifiuti in Campania).

[3] Cfr. Cass. pen. III Sezione, n. 41582 del 9.10.2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

carente.

A questo si deve aggiungere che, stante la nota crisi del sistema penale, caratterizzato dai frequenti interventi di clemenza adottati dal legislatore, la sanzione penale non dispone più di un credibile e forte effetto dissuasivo.

Invero, la Corte costituzionale (cfr. ordinanza 20 dicembre 2007 n. 439, redattore Maddalena) ha affermato che i reati in materia ambientale (nel caso specifico i reati paesistici ed ambientali) hanno natura di reati di pericolo, dove il legislatore ha ritenuto necessario anticipare al massimo livello possibile la soglia di tutela degli interessi. Sempre nell'ambito delle sue scelte di politica legislativa, ha deciso di incentivare la protezione in varie forme: sia riconoscendo attenuanti speciali a favore di chi volontariamente ripari le conseguenze dannose dei reati previsti a tutela delle acque (art. 140 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152), sia subordinando alla riduzione in pristino il beneficio della sospensione condizionale della pena nei reati collegati alla gestione del ciclo dei rifiuti (artt. 139, 255, 257 e 260 del decreto legislativo n. 152 del 2006), sia, infine, riconoscendo valore prevalente al ripristino del bene paesaggistico rispetto alla stessa pretesa punitiva dello Stato.

4. Gli interventi della giurisdizione contabile per la difesa dell'ambiente - In questo contesto la giurisdizione contabile, anche se non possiede spazio per il risarcimento del danno ambientale diretto può, comunque, intervenire, prima del verificarsi della condizione del danno indiretto, per il perseguimento di alcuni pregiudizi collegati al medesimo danno ambientale, disponendo, a questo proposito, di un ulteriore effetto dissuasivo per coloro che verso l'ambiente non hanno prestato particolare attenzione e sensibilità.

A questo proposito, occorre ricordare che l'art. 313 del testo unico, al comma 6, dispone che, nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio (e del mare), anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio.

Questa norma non esclude che la Corte dei conti non abbia spazi d'intervento per il perseguimento di quelle condotte che abbiano concorso alla produzione di pregiudizi ambientali.

Infatti, anche riportandosi alla richiamata sentenza n. 641 del 30.12.1987 della Consulta, la quale ricorda la possibilità di denunciare per i reati di omissione coloro che innanzi al danno ambientale sono rimasti inerti, il mancato perseguimento del risarcimento comporta sicuramente il sorgere di un pregiudizio erariale, sotto il profilo della mancata acquisizione del credito derivante dall'atto illecito.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Non vi è dubbio che, in siffatta fattispecie, la giurisdizione contabile non può essere negata, dal momento che non si persegue l'autore del deterioramento ambientale, ma coloro che, per dovere di servizio, avevano l'obbligo di perseguirlo per il ristoro dell'illecito realizzato[1], i quali con la condotta omissiva hanno rinunciato ad un credito dell'erario.

Si deve ricordare la circostanza che i cittadini, sia attraverso la loro partecipazione[2], sia con la maggiore informazione fornita dai *media*, pretendono che siano perseguiti coloro che vengono meno ai loro doveri, come avviene quando si omette di azionare la pretesa risarcitoria verso i responsabili dei danni.

Tra le varie fattispecie si deve segnalare che non è esclusa dalla giurisdizione contabile la conoscibilità dei costi sostenuti dall'amministrazione al fine di procedere ad ispezioni sui siti colpiti, sui documenti, per verificazioni e ricerche e per le rilevazioni utili per l'accertamento del fatto dannoso, come sono, ad esempio, i costi seguenti le fasi emergenziali[3].

Questi costi, anche dalla lettura della giurisprudenza della Cassazione[4] rientrano nel danno erariale, perché si tratta esborsi sostenuti dagli enti pubblici, per far fronte a comportamenti illeciti.

Un altro spazio per la giurisdizione contabile si rinviene quando la mancata utilizzazione di beni necessari al miglioramento dell'ambiente (es. depuratori, impianti di smaltimento dei rifiuti, regolare funzionamento delle discari-

---

[1] La condotta dannosa dell'agente pubblico può essere attiva od omissiva. La crescita degli illeciti omissivi segue alla circostanza che eventi dannosi, una volta ritenuti fortuiti, spesso sono il frutto di omissioni colpose da parte dell'uomo, cfr. V. Tenore, La nuova Corte dei conti, Milano, 2004, pag. 72 e segg.

[2] si può ricordare anche il ruolo delle associazioni di protezione ambientale. A questo proposito, l'art. 3 del D.Lgs 24 febbraio 1997, n. 39, emanato in attuazione della direttiva 90/313/CEE, ha introdotto una fattispecie speciale di «*accesso in materia ambientale*», che si connota, rispetto a quella generale prevista nella legge n. 241/90, per due vistose novità: l'estensione del novero dei soggetti legittimati all'accesso ed il contenuto delle cognizioni accessibili. Sotto il primo profilo, l'art. 3 D.Lgs. n. 39/1997 chiarisce che le informazioni ambientali spettano a chiunque le richieda, senza necessità, in deroga alla disciplina generale sull'accesso ai documenti amministrativi, della dimostrazione di un suo particolare e qualificato interesse; quanto al secondo aspetto, la medesima disposizione estende il contenuto delle notizie accessibili alle «informazioni relative all'ambiente» (che implicano anche un'attività di elaborazione da parte dell'amministrazione debitrice delle comunicazioni richieste), assicurando, così, al richiedente una tutela più ampia di quella garantita dall'art. 22 della legge n. 241/90, oggettivamente circoscritta ai soli documenti amministrativi già formati e nella disponibilità dell'amministrazione (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 7 settembre 2004 n. 5795, con massima presente sulla Rivista *on line* LEXITALIA, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds4_2004-09-09-3.htm).

[3] In questo caso si segnala la sentenza della Corte dei conti, Sezione Abruzzo, n. 185 del 13.02.2007, riguardante la fattispecie di danno prodotto all'interno del Laboratorio dell'Istituto nazionale di fisica nucleare del Gran Sasso, dove era avvenuto uno sversamento di sostanze tossiche nel torrente Mavone. Nell'occasione la Procura regionale contestava ai presunti responsabili un pregiudizio economico per i costi sostenuti per le incombenze istituzionali di controllo svolte dall'Arta - Agenzia Regionale per la tutela dell'Ambiente.

[4] sentenza n. 10733 del 28.10.1998.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

che), costati ai pubblici bilanci somme rilevanti, comporta non solo un pregiudizio ambientale per l'assenza di misure di contenimento dell'inquinamento, ma anche l'inefficienza della spesa.

Questo argomento diventa di rilevante attualità quando esistono Regioni[1] che, dopo molto tempo e nonostante abbiano ricevuto importanti finanziamenti, non riescono a risolvere il problema della raccolta rifiuti, e dei danni ambientali che tutto questo provoca, causando una grave perdita di credibilità e di prestigio al Paese, sottoposto (giustamente) anche alla minaccia di una procedura di infrazione innanzi agli organi dell'Unione europea.

In merito a questa vicenda è interessante la sentenza n. 4170 del 27 dicembre 2007 della Sezione Campania della Corte dei conti, con la quale è stata affermata la responsabilità amministrativa del Commissario di Governo per l'Emergenza Rifiuti, Bonifiche e Tutela delle Acque per l'emergenza rifiuti della Regione Campania.

Nel caso specifico erano emersi, sulla base di relazioni dell'Ispettorato generale della Finanza e della Commissione parlamentare d'inchiesta, impegni di spesa assunti «*con ingiustificabile avventatezza*», improntata ad un evidente disinteresse circa il corretto uso dei propri poteri istituzionali ed in ordine alle conseguenze dannose per il patrimonio pubblico suscettibili di derivare da siffatta condotta negligente.

In questa vicenda il giudice contabile, con la propria sentenza, è intervenuto su una gestione commissariale platealmente inefficace, dove rilevanti risorse pubbliche erano state sprecate in azioni gestorie inutili e del tutto estranee alle finalità di recupero ambientale per le quali era stato affidato l'incarico commissariale.

Nell'occasione, la sentenza ricostruisce un modo, a dir poco disinvolto, con il quale è stata gestita l'emergenza in Campania; una situazione, dove sono state allegramente violate regole di normale e buona amministrazione, il tutto per lo scopo (palesemente politico) di creare nuovi posti di lavoro improduttivi, senza nemmeno risolvere il problema del grave danno all'ambiente

[1] il riferimento è alla crisi della raccolta rifiuti scoppiata prepotentemente nella Regione Campania nel corso degli ultimi mesi del 2007 ed inizio del 2008, nonostante i rilevanti finanziamenti pubblici disposti, da molti anni, per risolvere il problema. Questa crisi, oltre ad arrecare un grave danno all'immagine del paese, dimostra l'incapacità e l'inconsistenza gestoria degli organi di governo locale, ma anche nazionale, ad affrontare il problema della raccolta dei rifiuti. Tra l'altro, in materia di raccolta di rifiuti urbani vige il «*principio dell'autosufficienza locale*» - stabilito espressamente dall'art. 5, comma 3, lettera a), del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 – per cui sussiste il divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale per i rifiuti urbani non pericolosi nonché per i rifiuti speciali assimilabili. Questo principio non si applica, invece, per i rifiuti «*pericolosi*» i quali necessitano di processi di smaltimento appropriati e specializzati (Corte Cost., sentenza n. 281 del 2000, sentenza 19 ottobre 2001 n. 335 e sentenza 21 aprile 2005 n. 161).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

che un'emergenza, quasi ventennale, ormai produce in Campania[1] e non solo[2].

L'elemento soggettivo della colpa grave del commissario straordinario era emersa per il fatto che egli non poteva non essere consapevole della propria investitura, quale organo commissariale, investitura finalizzata alla gestione dell'emergenza mediante l'esercizio dei poteri attribuitigli, con amplissimi poteri discrezionali, da utilizzare per eventi emergenziali e non per avviare iniziative rispondenti all'esigenza di assumere e stabilizzare lavoratori socialmente utili all'interno di un *call center* denominato "S.O.S. Ambiente" che non era servito a nulla e non era conosciuto da nessuno.

Un sicuro rilievo, anche per la funzione sanzionatoria e dissuasiva, si rinviene nella perseguibilità di condotte omissive quali l'assenza di controlli o, come emerso in una recente sentenza della Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale Abruzzo[3], si contesta il danno da mancato introito di proventi contravvenzionali in materia ambientale.

In questa fattispecie, è stata affermata la responsabilità amministrativa di un dirigente che non aveva adottato le misure utili per il corretto espletamento delle attività cui era preposto, con riferimento al risultato negativo derivante dall'omesso incameramento di somme dovute per effetto delle contravvenzioni relative a violazioni ambientali, in modo particolare, quando, con il suo comportamento, ha determinato una gestione amministrativa non improntata all'efficienza e efficacia richieste dalla legge (art. 1 legge n. 241 del 1990 e s.m.i.).

Infatti, sussiste la manifesta antidoverosità dei comportamenti omissivi dei soggetti preposti alla gestione del servizio del contenzioso in materia ambientale di una Provincia, dal momento che i predetti comportamenti omissivi risultano improntati alla evidente inosservanza di regole e princìpi generali di buona organizzazione, essendo assolutamente pronosticabile che l'incuria or-

---

[1] A questo proposito si deve richiamare il pensiero del Prof. G. Virga, il quale ha messo in rilievo l'aspetto più sconcertante della vicenda, per il fatto che appena quattro giorni dal deposito della sentenza di condanna del Commissario per l'emergenza rifiuti, il Presidente del Consiglio dei Ministri (che sicuramente aveva conoscenza della condanna) ha attribuito al medesimo Commissario straordinario per la bonifica dei siti e delle acque, oltre 115 milioni di euro. E così, un pubblico amministratore condannato dalla Corte dei conti per cattiva gestione di soldi pubblici, viene «*premiato*» dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con l'incarico di effettuare ulteriori spese per oltre 115 milioni di euro. Questa vicenda è, a dir poco, disarmante, perché è assai difficile pensare che in un paese «*normale*» sia possibile mantenere in posti delicati e con un rilevante potere di spesa, coloro che hanno dato pessima prova nella gestione della cosa pubblica, cfr. G. Virga alla pagina web http://www.lexitalia.it/index.html, con commento sulla questione emergenza rifiuti della Regione Campania.

[2] Infatti, la questione emergenza rifiuti in Campania ha avuto un rilevante eco negativo a livello internazionale, tra i tanti si segnala l'autorevole "Le Monde" (cfr. pag. web http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0,36-996367,0.html), il quale, nell'occasione richiama l'intervista di un magistrato italiano che, riportandosi al pensiero di un *boss* della camorra, l'immondizia viene dipinta come oro (*Les ordures, c'est de l'or*).

[3] sentenza n. 432 del 23 aprile 2007.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ganizzativa poteva e poté provocare gravi disguidi produttivi di danno erariale sotto il profilo del mancato incameramento dei proventi delle contravvenzioni in materia ambientale.

Non vi è dubbio che, quando l'amministrazione competente all'applicazione delle misure sanzionatorie omette di perseguire i responsabili delle azioni illecite, vanifica anche le azioni di contrasto alle violazioni ambientali operate dalle Forze di Polizia, perché i contravventori non subiscono le doverose sanzioni a fronte degli illeciti commessi, confidando così nell'impunità che consegue all'inefficienza dell'amministrazione.

Inoltre, l'aspetto economico che emerge da questa fattispecie riguarda anche la spesa che si sostiene per le funzioni di polizia necessarie per la sorveglianza sull'osservanza dei vincoli e le regole in materia ambientale.

Di rilievo appare anche quella giurisprudenza[1] che afferma la responsabilità amministrativa di un sindaco per danno all'immagine dell'Ente[2], conseguente alla realizzazione irregolare di una discarica di rifiuti solidi urbani sul territorio comunale vincolato.

Nell'occasione, il sindaco aveva adottato un'ordinanza contingibile e urgente per la individuazione del sito idoneo per il deposito provvisorio dei R.S.U. , motivato dall'esigenza di provvedere con urgenza alla salvaguardia della salute pubblica.

Dagli accertamenti emersi nel corso del procedimento penale, si rilevava che la condotta del Sindaco non era giustificata da una situazione eccezionale e imprevedibile, in quanto il problema si era posto già in anni precedenti per le medesime vicende.

Nell'occasione, la Corte dei conti, oltre ad evidenziare la carenza della imprevedibilità e della urgenza nella soluzione adottata, aggiungeva che, a connotare di illegittimità e illiceità il comportamento del sindaco nell'esercizio del proprio potere di ordinanza, concorreva anche:

- la violazione della legge in materia vincolistica (l'intero territorio comunale era sottoposto a vincolo paesaggistico);
- la violazione delle inderogabili prescrizioni poste a tutela della salute e

[1] Corte dei conti, sezione Lazio, n. 421 del 27.03.2007.

[2] il danno all'immagine e al prestigio della P.A. rientra nella connotazione del "danno patrimoniale in senso ampio" *ex* art. 2043 c.c. e, in linea di principio, non si correla necessariamente ad un comportamento causativo di reato, ben potendo discendere anche da un comportamento gravemente illegittimo ovvero gravemente illecito extrapenale. La giurisprudenza (Corte dei conti, Sezioni Riunite, sentenza 28 maggio 1999 n. 16/99/QM) ha affermato che, nell'ipotesi di danno conseguente alla lesione di un bene immateriale, che per sua natura si colloca al di fuori dell'area della patrimonialità, la dimostrazione dell'esistenza del pregiudizio deve essere fornita dal procuratore regionale, mentre alla sua quantificazione e liquidazione provvederà il giudice, al cui prudente apprezzamento è rimessa la determinazione della misura risarcitoria, ai sensi dell'articolo 1226 cod. civ.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'ambiente, con il trasferimento del rischio dal centro urbano ad altra località, dove si accertava che i rifiuti venivano abbandonati a cielo aperto con pericolo di inquinamento delle falde acquifere;

- l'irragionevolezza della durata della soluzione contingente adottata; la situazione, infatti, si protraeva ben oltre la scadenza del termine di validità dell'ordinanza, in quanto la discarica abusiva in realtà veniva utilizzata per oltre quattro anni, senza che il sindaco provvedesse a risolvere, non solo la precarietà della soluzione adottata, ma la stessa esigenza del servizio di smaltimento dei R.S.U.

Una vicenda di questo tipo connotava di sicura gravità la colpa richiesta per l'addebito della responsabilità amministrativa dell'amministratore pubblico.

Infatti, illegittimità, inefficienza e trascuratezza dell'azione del sindaco mal si conciliavano con la qualifica e le funzioni pubbliche ad essa legate, in quanto egli, proprio in ragione della qualità di rappresentante della collettività amministrata, era preposto alla effettiva salvaguardia e alla corretta gestione degli interessi collettivi e, in particolar modo, delle risorse anche paesaggistiche, ambientali ed artistiche dell'Ente, che vedeva nella propria vocazione turistica (in ragione del patrimonio storico e artistico dei luoghi) una delle maggiori fonti di prestigio cittadino dei suoi abitanti, oltre che di destinazione dell'interesse turistico delle altre popolazioni.

Altra vicenda interessante riguarda la responsabilità amministrativa per ipotesi di danno attinenti a vizi funzionali di un depuratore, quando il contraente dell'amministrazione si era impegnato espressamente in sede contrattuale nel garantire che l'offerta progettuale risultasse maggiormente affidabile in relazione alle condizioni locali di funzionamento dell'impianto di depurazione[1].

Nell'occasione, è stata rinvenuta la responsabilità dei collaudatori dell'opera pubblica, per aver omesso con colpa grave, in sede di rilascio del certificato di collaudo, di prevedere anche una adeguata garanzia finanziaria in favore dell'amministrazione, considerato che, in conseguenza di detta omissione, era conseguito un danno patrimoniale per l'amministrazione, per la sostanziale grave difficoltà di corretto funzionamento della tecnologia del depuratore nel contesto ambientale di riferimento, a cui l'amministrazione si è dovuta fare carico in termini finanziari.

Infine, si segnala anche la giurisprudenza[2] che ha ravvisato la responsabili-

[1] Corte dei conti, Sezione Toscana, n. 792, del 19.12.2005 per una fattispecie riguardante gli effetti dannosi derivanti dal mancato esercizio dell'impianto di depurazione di Monte Argentario.

[2] Corte dei conti, Sezione, Lombardia, n. 991 del 2003.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tà del sindaco e del dirigente competente (il responsabile dell'ufficio tecnico comunale) per il danno patrimoniale cagionato all'Ente locale in fattispecie di responsabilità amministrativa indiretta, ossia per aver esposto l'amministrazione al pagamento di una sanzione amministrativa inflitta per scarico abusivo di liquami.

Nella fattispecie, sono stati valutati in termini di grave negligenza, i comportamenti dei convenuti in considerazione delle chiare disposizioni (di legge statale e regionale) in materia di inquinamento.

Orbene, si trattava di norme rigide, che non lasciavano spazio a scelte discrezionali, la cui consapevolezza non può essere messa in dubbio da parte di soggetti in possesso di una professionalità specifica e di precise responsabilità istituzionali.

5. L'intervento nel processo contabile delle associazioni di protezione ambientale.

Come in precedenza visto, nel nostro ordinamento esiste la possibilità nei giudizi innanzi alla giurisdizione amministrativa di riconoscere, a mente dell'art. 18 della L. 8 luglio 1986 n. 349, la legittimazione in capo ad una determinata associazione ad impugnare provvedimenti lesivi di interessi ambientali[1]. Tutto questo agevola sicuramente la possibilità per le associazioni di protezione ambientale di intervenire anche nel processo amministrativo – contabile, quando l'impianto accusatorio del pubblico ministero mira a perseguire condotte gestorie che hanno favorito la lesione ambientale.

La posizione della giurisprudenza contabile più attenta, consente l'intervento adesivo o adesivo dipendente[2], escludendo, invece, quello dell'intervento in via principale (*ad escludendum*) e in via adesiva autonoma

[1] Cfr. nota 14, dove si rammenta l'esplicita legittimazione, ai sensi degli art. 13 e 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientalistiche di dimensione nazionale e ultraregionale ad agire al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni, ecc… (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 2 ottobre 2006 n. 5760, cit.). In questa occasione si ricorda anche il D.Lgs. n. 195 del 19.8.2005 di attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, il quale all'art. 1 garantisce il diritto di accesso all'informazione ambientale detenuta dalle Autorità pubbliche. La predetta garanzia viene rafforzata dalla circostanza che la stessa informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici. Ovviamente, in caso di silenzio persistente dell'Autorità alla quale viene richiesto l'accesso sussiste una decisione implicita di rifiuto di comunicare l'informazione, questa decisione potrà essere oggetto di ricorso giurisdizionale o amministrativo (per approfondimento sul diritto di accesso vedi anche F. Lombardo, "*Il diritto di accesso nell'affidamento di appalti e concessioni fra trasparenza e riservatezza*", pubblicato sulla rivista *on line* www.ratioiuris.it.). Tra l'altro, il D.Lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008 all'art. 3- *sexies* riguardante il diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo stabilisce che ai sensi del decreto legislativo n. 195 sopra riportato, chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale.

[2] Corte dei conti sezione Veneto, sentenza n. 1389 del 17.10.2001.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

(*litisconsortile*), perché incompatibile con il diritto esclusivo dell'iniziativa vantato dal pubblico ministero nel giudizio di responsabilità amministrativa.

Orbene, se le associazioni di protezione ambientale, per la loro posizione riconosciuta fin dalla legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, hanno ingresso presso la giustizia amministrativa, la stessa cosa può avvenire anche presso la giustizia contabile, perlomeno innanzi a gravi ipotesi di danno erariale, con riflessi negativi per l'ambiente dove, comunque, i costi dovranno, alla fine, essere sopportati dai contribuenti.

Le predette associazioni possono avere un interesse alla vittoria della parte pubblica nel processo di responsabilità amministrativa, se non altro (ipotesi minimale) per impedire, in futuro condotte amministrative riprensibili che compromettono l'ambiente.

Un intervento adesivo all'atto di citazione del pubblico ministero svolge un'azione utile, non tanto per l'organo pubblico che dispone dell'autorevolezza e del potere necessario per perseguire le condotte dannose, ma per pungolare l'amministrazione a mantenere per il futuro un'azione amministrativa attenta all'esigenza ambientale e, dunque, a non essere superficiale ed approssimata nelle questioni che interessano la qualità della vita dei cittadini[1].

Allo stesso modo, l'interesse delle associazioni ambientali coincide con quello pubblico, quando viene richiesto, attraverso l'azione di rivalsa, il risarcimento a coloro che hanno prodotto un pregiudizio ambientale riparato con pubbliche risorse.

6. Conclusioni - Ebbene, da questo percorso emerge che il problema "ambiente" non riguarda solo l'aspetto sanzionatorio, tanto penale, quanto amministrativo, ma anche un fatto educativo e precauzionale.

Infatti, il "bene ambiente" richiede, in ragione della scarsità delle risorse naturali ed ambientali, una disciplina completa che eviti sprechi e danni. È necessario avere una coscienza collettiva rispettosa di questo bene che, nel nostro paese, per tutte le attività legate al turismo, costituisce una delle principali industrie.

È importante avere un "patto collettivo" tra imprese, cittadini ed amministrazioni per il corretto uso dei beni consumabili, al fine di non inquinare i territori del paese con eccessi di spreco, sporcizia ed altro. È necessario avere un sistema di controllo di tutto il ciclo dei rifiuti e, in modo particolare, delle imprese interessate, per evitare le infiltrazioni della malavita organizzata, la qua-

[1] si pensi ancora al problema delle discariche, le quali devono essere controllate dalle amministrazioni, così come si deve impedire l'esistenza di quelle abusive, i cui costi di bonifica, in seguito, dovranno essere sopportati, con aumento dei tributi locali, dai cittadini residenti in quel territorio.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le non ha alcuno scrupolo sia per la tutela ambientale, sia per il bene collettivo.

Occorre che tutta la normativa comunitaria riguardante l'ambiente sia rispettata all'interno dei confini nazionali; infatti, non mancano le pronunce, anche recenti, della Corte di giustizia delle Comunità europee, di condanna dello Stato italiano per la violazione degli obblighi assunti con il recepimento di direttive comunitarie in siffatta materia[1], specialmente quando, dopo avere recepito una direttiva, si adottano successivamente provvedimenti contrastanti con le finalità della normativa comunitaria.

L'ambiente ha un valore in senso economico, un patrimonio di cui si può godere, ma che non può essere consumato con intense attività speculative, ovvero distrutto con azioni sconsiderate, altrimenti si perviene al progressivo decadimento dell'economia e della qualità della vita e del benessere dei cittadini.

L'attuale sistema sanzionatorio non consente di colpire con ragionevole severità[2] coloro che, con le proprie azioni, arrecano danni all'ambiente (anche irreversibili), con la conseguenza che il legislatore dovrebbe intervenire per migliorare l'attuale impianto normativo, predisponendo misure più incisive per rendere effettive le condanne in materia ambientale, con particolare attenzione al ristoro del pregiudizio economico. Il tutto, al fine di non rendere conveniente per i trasgressori le violazioni delle regole stabilite per la protezione e la cura dell'ambiente medesimo.

È necessario che le sanzioni per le violazioni in materia ambientale diventino fortemente dissuasive[3], poiché un paese che voglia assicurare un futuro al

---

[1] Cfr. sentenza n. 0 del 18.12.2007 nella causa C-263/05 riguardante: Ambiente e Consumatori - Nozione di "Rifiuto" - sostanze destinate alle operazioni di smaltimento o di recupero - inadempimento dell'Italia, pag. web http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaComunitaria/CorteGiustizia/Scheda.asp?ID=584, con la quale lo Stato italiano è stato dichiarato inadempiente, con condanna alle spese, per avere violato la direttiva in materia di rifiuti. Con la sentenza n. C-40/07 dell'8.11.2007 della Corte di giustizia Europea lo Stato italiano è stato dichiarato inadempiente per non avere messo in in vigore le disposizioni legislative regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 17/6/2001, 2001/41/CE concernenti al valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente. Nell'occasione, è stato affermato che lo Stato membro non può giustificarsi richiamandosi a norme, prassi o situazioni del proprio ordinamento, così come non può giustificarsi richiamandosi alla complessità della materia, alla cui elaborazione aveva, comunque, partecipato in sede europea. Anche in questo caso lo Stato italiano veniva condannato alle spese.

[2] Nel caso di coloro che causano incendi boschivi, il codice penale all'art. 423 bis prevede la pena della reclusione da quattro a dieci anni, mentre, nel caso in cui l'incendio sia cagionato per colpa, è prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni. L'incendio boschivo si configura come un delitto di danno e non di pericolo, in quanto l'oggetto della sua tutela è il patrimonio boschivo in sé considerato e solo "incidentalmente" l'incolumità pubblica che potrebbe essere messa in pericolo da eventuali sviluppi dello stesso, così Leo Stilo in «*L'incendio boschivo: un "pericoloso" reato di danno*» in www.AmbienteDiritto.it.

[3] cfr. Leo Stilo in «*Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*», in www.AmbienteDiritto.it.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

proprio ambiente, non può permettere ai "vandali di oggi" di godere di un'effettiva impunità garantita da norme sanzionatorie deboli[1]: sarà possibile difendere il prezioso bene ambientale con pene che non mettono paura a nessuno? Ed il sempre più raro patrimonio boschivo nazionale potrà essere difeso con la sola pena prevista dall'art. 423 bis c.p. ?

De iure condendo si auspica maggiore attenzione ai problemi della tutela ambientale, la quale prevede, inevitabilmente, l'intervento della spesa pubblica (ad esempio si pensi ai costi per gli investimenti negli impianti di depurazione, a quelli per i controlli, a quelli per la bonifica di siti inquinati, a quelli per nuovi rimboschimenti dopo gli incendi, *ecc*…), la quale non dovrebbe essere vulnerata dalla malamministrazione e dalla cattiva politica fatta di grandi inefficienze, con la conseguenza che il sistema normativo non deve mandare esenti[2] da responsabilità (penale, civile ed amministrativa) condotte sostanzialmente illecite.

A questo proposito, si può ipotizzare, seguendo la strada, che il legislatore ha scelto di recente, della tipizzazione di alcune fattispecie di responsabilità amministrativa – erariale, di introdurre sanzioni nei confronti di coloro (amministratori e/o agenti pubblici) che favoriscono i danni all'ambiente venendo meno alle doverose azioni di controllo e di repressione, o per il rilascio, con superficialità e negligenza, di autorizzazioni delle attività ad impatto ambientale[3].

---

[1] ulteriormente indebolite dai soliti provvedimenti di amnistia ed indulto che i vari Parlamenti hanno sempre adottato, dimostrando così la propria incapacità a rendere almeno effettive le poche sanzioni che si applicano.

[2] L'esenzione da sanzione avviene anche quando, di fatto, la risposta punitiva dello Stato è talmente mite od irrisoria, rispetto alla gravità dell'azione illecita, perché la punizione non viene temuta da coloro che non hanno scrupolo a compromettere l'ambiente. In modo particolare, la mitezza dell'impianto sanzionatorio nazionale emerge dalla dichiarazione sopra indicata di un *boss* della malavita organizzata e ripresa dal quotidiano francese "*Le Monde*" "*l'immondizia è oro*", in quanto i guadagni sono immensi, mentre il rischio di sanzioni penali è inesistente. Favorire l'illecito con l'assenza di sanzioni è un grave deficit di democrazia, perché in tale maniera le persone per bene verranno sempre sopraffatte da coloro che vivono di illegalità e prepotenza, accumulando così grandi profitti, i quali non avranno neanche remore ad intervenire nei processi decisionali dell'amministrazioni infiltrandosi tranquillamente negli apparati politici per condizionarli. La preoccupazione per la mitezza dell'impianto sanzionatorio emerge anche dall'appello del 28.11.2005 inviato ai massimi organi dello Stato e presentato da eminenti personalità scientifiche e rappresentanze delle Associazioni.

[3] Ad esempio, il Consiglio di Stato (sezione IV, sentenza 2 ottobre 2006 n. 5760) ha dichiarato l'illegittimità di un'artificiosa suddivisione del progetto di un'opera, allo scopo di evitare la sottoposizione dello stesso alla valutazione di impatto ambientale, che sarebbe obbligatoria per l'opera nella sua interezza. Così si evidenzia che all'interno dell'amministrazione c'è sempre qualcuno "ben disposto all'elusione" delle norme di tutela ambientale. In ogni caso la valutazione di impatto ambientale comporta l'apprezzamento delle alterazioni conseguenti alla realizzazione dell'opera e se queste possano ritenersi "accettabili" alla stregua di un giudizio comparativo che tenga conto, da un lato, della necessità di salvaguardare preminenti valori ambientali e, dall'altro, anche dell'interesse generale sotteso all'esecuzione dell'opera pubblica (cfr. Tar Lazio Roma, sez. III - sentenza 8 agosto 2006 n. 7098).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Questa scelta potrebbe essere accolta favorevolmente, perché da un lato limiterebbe la discrezionalità dei giudici[1] e, dall'altro, fornirebbe agli amministratori pubblici, in maniera chiara, l'indicazione dei propri doveri per la protezione ambientale.

Inoltre, l'inserimento di fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo-contabili non snaturerebbe la *ratio* della responsabilità amministrativa, la quale pur restando per la maggior parte dei casi di natura restitutoria, si arricchirebbe anche di queste innovazioni, necessarie ed utili per far fronte alla vasta congerie di illeciti amministrativi, i quali, quando non sono arginati a sufficienza, non fanno altro che aumentare il degrado dell'amministrazione, contribuendo alla decadenza o alla deriva[2] del sistema paese.

Vi è da dire che le posizioni della dottrina si muovono sempre su una doppia linea concettuale: da una parte i fautori della natura risarcitoria tipica della responsabilità civile, con l'ulteriore suddivisione in responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dall'altra i fautori di un modello di responsabilità pubblica con funzione repressivo – sanzionatoria, da avvicinare al modello di responsabilità penale[3].

Ebbene, questa contrapposizione sulla natura della responsabilità erariale o amministrativa, rischia solo di essere un dibattito scevro dalla realtà dei fatti, perché nulla esclude che la predetta forma di responsabilità contenga in sé elementi tanto risarcitori, quanto sanzionatori.

Il legislatore può benissimo, nella sua discrezionalità, optare anche su fattispecie di tipo sanzionatorio, quando intende fornire una risposta di tipo dissuasivo a comportamenti che incidono in maniera negativa sui pubblici bilanci, senza per questo far venire meno gli illeciti contabili che producono una responsabilità di natura risarcitoria. La circostanza che si può intervenire con tecniche di tutela eterogenee arricchisce il numero delle risposte che la legge utilizza innanzi agli illeciti che comportano responsabilità erariali, illeciti che, purtroppo, aumentano con l'evoluzione della nostra società[4].

---

[1] L'eccesso della discrezionalità dei giudici può permettere che la stessa fattispecie per un collegio giudicante comporti responsabilità, mentre per un'altro l'assoluzione, con la conseguenza che il servizio giustizia (compresa quella amministrativo – contabile) non fornisce, in maniera chiara, l'indicazione di ciò che è consentito e di ciò che è vietato.

[2] Il termine «deriva» appare opportuno, così come ricordato dal recente libro di G.A. Stella e S. Rizzo «*La Deriva, perché l'Italia rischia il naufragio*», Milano, 2008, dove vengono rappresentate le grandi inefficienze ed incapacità della politica e dell'amministrazione, divenute in questi anni sempre più irresponsabili.

[3] A. Crismani, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Volume con gli atti del convegno di Varenna del 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, pag. 705 e segg.

[4] A. Crismani, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, cit. pag. 707, dove l'Autore (giustamente) si domanda se abbia un senso continuare nella disputa tra le due principali concezioni della responsabilità amministrativa, cercando di riportare ad unità gli interventi del legislatore, quando è cer-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Pertanto, la previsione di fattispecie sanzionatorie per quei comportamenti che agevolano la produzione dei danni all'ambiente consentirebbe di superare le affermazioni della giurisprudenza contabile (Corte dei conti, Sezione Molise, n. 148 del 14.12.2007) per cui «*... se l'amministrazione pubblica non provvede al ripristino dei luoghi che configurano, nella fattispecie, il "danno all'ambiente", e non sopporta quindi alcuna spesa a tale fine, non è configurabile alcun danno patrimoniale, né alcuna fattispecie di responsabilità amministrativa, per il cui risarcimento possa ritenersi legittimato ad agire il Pubblico Ministero contabile e su cui possa ritenersi competente a giudicare la Corte dei conti, perché, in assenza di una spesa sopportata dall'amministrazione pubblica per effetto del ripristino dei luoghi e per il ristoro del danno ambientale subito dalla collettività, non è ipotizzabile una azione di rivalsa nei confronti di chicchessia*», con la conseguenza che, in caso di inattività degli organi pubblici a rimuovere gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente, non è consentito avviare nessuna azione sanzionatoria e/o risarcitoria nei confronti di coloro che, per condotte contrarie ai doveri di servizio (principalmente per negligenza, approssimazione ed omissione), hanno agevolato la realizzazione del pregiudizio ambientale.

Il tutto, allo stato attuale, poco garantisce la piena giustiziabilità del diritto ad un ambiente salubre, fruibile e vivibile, nella sua concezione sia di diritto oggettivo, sia di diritto soggettivo fondato sulla Carta costituzionale, così come la dottrina più attenta ai bisogni umani ed allo sviluppo dei diritti della persona insegna[1].

---

tamente più utile propendere per una convivenza tra le ipotesi normativamente non tipizzate, ma catalogate dalla giurisprudenza, sotto il profilo della idoneità a produrre danno erariale e quelle, invece, normativamente tipizzate nella condotta e nella sanzione personale. Tra l'altro, si può aggiungere che il tentativo di voler riportare ad unità gli interventi del legislatore, specialmente in questo periodo, diventa solo un inutile lavoro, vista la perenne contraddittorietà dell'azione legislativa in genere.

[1] P. Maddalena, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, cit. pag. 950.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

L'impresa pubblica: l'evoluzione della giurisprudenza nell'analisi dei fenomeni societari*

di Salvatore Pilato**

SOMMARIO: 1. Premessa : la questione di metodo. 2. I lineamenti del giudizio di conto nei confronti dei consegnatari di azioni in società a partecipazione pubblica. La figura dell'agente consegnatario . La variazione di valore dei titoli azionari. La congruità del trattamento economico degli amministratori. 3. Il sindacato finanziario sulla costituzione e sulla programmazione strategica dell'impresa pubblica. I rapporti tra il socio pubblico e la società partecipata. La dirigenza nella gestione societaria ed i poteri manageriali. 4. I fenomeni distorsivi della libera concorrenza. Il conferimento di capitali ed il conferimento di azioni. La cessione delle azioni. La consulenza tecnica per la stima di valore del conferimento e della cessione . 5. Conclusioni.

1. Premessa : la questione di metodo - Nella formazione degli orientamenti di giurisprudenza, il sindacato della Corte dei Conti sulle attività economiche -in genere-, e sulle società per azioni a partecipazione pubblica -in particolare- , costituisce uno dei punti di maggiore conflittualità per le divergenze di opinione sulla individuazione delle utilità, delle regole e dei limiti del sindacato finanziario.

La maggiore espansione degli approcci teorici rispetto alle analisi fondate sul metodo empirico-casistico pone l'esigenza di un'inversione di tendenza mirata a verificare da un lato la praticabilità operativa delle impostazioni conferite *"in astratto"* alla materia, e dall'altro lato la emergenza di fondamentali *"regole di giudizio"* in difetto delle quali la sistemazione meramente concettuale degli argomenti sarebbe priva di alcuna utilità pratica.

La comparazione tra i principi elaborati in astratto e le regole del giudizio applicate nei casi concreti diviene praticabile attraverso la delimitazione di tre ambiti di riflessione, tutti contraddistinti da manifestazioni peculiari del fenomeno dell'impresa pubblica.

Il primo contesto di analisi coinvolge le utilità processuali del giudizio di conto al fine di sondare la duttilità degli strumenti conoscitivi dei fenomeni di gestione delle società a partecipazione pubblica.

Il secondo spazio di riflessione inerisce al sindacato giurisdizionale sulla programmazione strategica dell'impresa pubblica tanto nei rapporti tra socio pubblico e società controllata , quanto nei rapporti interni di gestione

* I contenuti dell'articolo sono stati esposti nella relazione presentata nell'incontro di studio organizzato in Roma dal Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti il 19/20 giugno '08 su : "Le nuove forme di responsabilità. Casi particolari di responsabilità contabile. Combinazioni aziendali di società partecipate da enti pubblici".

** Procuratore regionale della Corte dei conti per la Provincia di Trento

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dell'attività economica, al fine di circoscrivere i fenomeni contraddistinti dalla assoggettabilità alla cognizione della Corte dei Conti.

Infine, l'ambito conclusivo ricostruisce i lineamenti della società a partecipazione pubblica nelle dinamiche di mercato, e nelle combinazioni aziendali, al fine di evidenziare la complessità dei temi d'indagine e di accertamento assorbiti dalla giurisdizione della Corte dei Conti.

2. I lineamenti del giudizio di conto nei confronti dei consegnatari di azioni in società a partecipazione pubblica. La figura dell'agente consegnatario. La variazione di valore dei titoli azionari. La congruità del trattamento economico degli amministratori - Il ritorno di attualità del giudizio di conto, , quale fenomeno processuale partecipe della ricerca di strumenti di «certezza legale» sulle gestioni pubbliche inizia ad estendersi anche alle partecipazioni azionarie in società costituite, e/o controllate, e/o finanziate con capitale e comunque con contributi finanziari di provenienza pubblica.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 7390/07 depositata in data 27 marzo 2007 hanno espressamente statuito l'infondatezza delle opinioni che vorrebbero escludere i titoli azionari dal novero dei beni mobili, il cui maneggio importa l'assoggettamento dell'agente contabile al giudizio di conto in conformità alla disciplina generale di contabilità pubblica.

Secondo la Corte di Cassazione,viceversa, la clausola generale contenuta nell'art. 103 Cost. a favore della giurisdizione della Corte dei Conti non è arbitrariamente limitabile o comprimibile senza apposita "*interpositio legislatoris*" e pertanto l'obbligo della resa del conto ed il controllo giurisdizionale sull'esatto adempimento di esso acquisisce per il tramite dell'art. 103 cit. capacità espansiva per gli agenti contabili, consentendone l'estensione a situazioni non espressamente regolate in modo specifico.

E, dunque, se la indefettibile funzione di garanzia della regolare gestione contabile e patrimoniale rende irretrattabile la giurisdizione di conto, inclusiva dei diritti e delle azioni tra i beni mobili, allora il giudizio di conto non può essere limitato "*al titolo originario nella sua materialità"*, ma deve riguardare anche "*le variazioni del valore dei titoli e gli utili o dividendi distribuiti"*(Cass. Sez. Un. 7390/07, cit).

Le questioni di rilievo possono esprimersi nei temi che seguono, nei quali risiedono potenzialità espansive rimesse a puntuali soluzioni interpretative:

A. definizione dei criteri utilizzabili per la individuazione dell'agente pubblico sul quale incide la legittimazione passiva per la resa del conto, optando tra il criterio della "mera" custodia o custodia "pura" dei titoli (criterio statico), ed il diverso e più complesso criterio della attività di amministrazione e gestione della partecipazione azionaria principale e delle partecipazioni colle-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

gate o derivate (criterio dinamico);

B. individuazione con esemplificazioni sempre più esaustive ,ma sempre aperte a nuove enumerazioni, dei fatti fondamentali e rilevanti per la determinazione della variazione di valore dei titoli azionari, e conseguente specificazione degli atti e dei documenti sensibili all'onere di allegazione nell'adempimento dell'obbligo di resa del conto;

C. possibile espansione delle utilità tipiche del giudizio di conto, al fine di renderlo duttile e flessibile,e quindi idoneo all'accertamento di fatti rappresentativi di punti di criticità di matrice normativa, tra i quali la entità dei compensi liquidati agli amministratori e la misura di congruità secondo l'andamento della gestione d'impresa e la eventuale formazione di utili d'esercizio (v. legge finanziaria 2007 e 2008).

Su ogni singola questione incidono i relativi contesti argomentativi così riducibili in sintesi :

I - Sulla legittimazione passiva del consegnatario di azioni sono prospettabili due soluzioni della questione che assume fondamentale rilievo nella configurazione soggettiva del giudizio di conto.

La prima soluzione è incentrata sulla visione tradizionale delle categorie giuridiche sulla quali è strutturato il giudizio di conto. Invero, nell'ambito della contabilità pubblica, l'obbligo della resa del conto giudiziale di cui all'art. 44 del R.D. n. 1034 del 1934, sussiste anche per i soggetti i quali hanno in consegna ovvero maneggiano o detengono oppure custodiscono azioni e/o quote rappresentative delle partecipazioni degli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni, etc.) in società di capitali *(conti in materia)* , e pertanto il soggetto tenuto alla resa del conto è colui il quale è stato *ad hoc* designato dall'Ente come agente consegnatario/conservatore delle azioni nella loro materialità, per effetto di disposizioni normative ovvero per statuto o regolamento o in via di mero fatto. In tale soluzione residua la questione relativa alle azioni cd. smaterializzate laddove la società avvalendosi di previsioni statutarie non abbia emesso i titoli azionari (v. art. 2346 cod. civ. "lo statuto può escludere l'emissione dei relativi titoli");

La seconda soluzione è contraddistinta da una interpretazione innovativa delle attività rimesse all'agente contabile. E pertanto, la figura dell'agente contabile consegnatario di azioni può essere individuata non nel soggetto incaricato di custodire i titoli (istituto tesoriere ex art. 63 d.l.vo 77/95 per le azioni materializzate), bensì nella struttura organizzativa preposta all'incarico di gestire il servizio pubblico,con il connesso esercizio nelle assemblee societarie del diritto di voto e delle altre facoltà di partecipazione societaria (v. Sez. Giur. Umbria ord. 86/GC/99 del 15 luglio 1999).

II - Sulla variazione di valore dei titoli azionari (eventualmente rappresen-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tativi anche di collegamenti azionari per partecipazioni "a cascata") possono adottarsi soluzioni istruttorie orientate a trasfondere nel giudizio di conto tutta la documentazione probatoria utile e necessaria a fornire la certezza legale dei fatti modificativi della consistenza economica dell'impresa e della situazione patrimoniale della società.

Poiché , il giudizio di conto innanzi alla Corte dei conti ha ad oggetto la verifica della regolarità del conto ossia le "vicende" dei titoli azionari o quote, avuto riguardo non soltanto alla loro consistenza originaria (all'atto dell'assunzione della partecipazione), bensì anche alle eventuali, successive variazioni intervenute nella loro consistenza e/o nel valore di essi, compresi eventuali utili o dividendi distribuiti, dovendo l'agente contabile risponderne ai sensi dell'art. 29 u.c. R.D. n. 827 del 1924 ; ed ancora, poiché in applicazione della netta distinzione tra l'attività di amministrazione (spettante agli organi titolari dei diritti e poteri connessi all'uso dei beni) e la gestione contabile (spettante, invece, a coloro che hanno il semplice maneggio e/o la custodia dei beni), l'agente contabile non può essere chiamato a rispondere, in sede di giudizio di conto, di atti di esercizio dei diritti dell'azionista pubblico o del titolare di partecipazioni (cfr. Corte Suprema di Cassazione ord. n. 7390 del 27/03/2007) ; allora, per l'agente contabile gravato dell'obbligo di semplice custodia la *resa del conto* dovrà essere corredata da tutta la documentazione sociale giustificativa delle eventuali variazioni (materiali e/o di valore) intervenute nel tempo (v libri sociali, bilanci, relazioni e nota integrativa in artt. 2421 cod. civ. e ss.) anche con riferimento ai fenomeni di combinazione societaria (art. 2359 cod. civ. società controllate e società collegate).

III **-** Sulla possibile espansione delle utilità tipiche del giudizio di conto verso l'accertamento sulla misura e sulla congruità dei compensi liquidati agli amministratori, le soluzioni interpretative prospettabili appaiono intimamente connesse con la disciplina adottata nella legislazione finanziaria dello Stato, la quale non può essere né ignorata , né disapplicata .

Il giudizio di conto sulla società a partecipazione pubblica presenta lineamenti normativi e processuali idonei a fungere da strumento di accertamento degli obblighi di riduzione del numero e del trattamento economico del presidente e dei consiglieri di amministrazione, così come contemplati dai commi 725 e ss. della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007).

Tali disposizioni, dichiarate parzialmente incostituzionali nei limiti degli effetti applicativi previsti nei confronti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano (v. Corte Cost. n.195/2008 del 20/5/2008), consentono la valutazione economica di congruità dei compensi e delle indennità di risultato ammissibili "solo nel caso di utili ed in misura ragionevole e pro-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

porzionata" , in corrispondenza al principio della remunerabilità di "particolari cariche" sociali (art. 2389 cod. civ.) .

Tra le pratiche elusive dell'obbligo di riduzione del numero degli amministratori si annoverano fenomeni di scorporo di linee o di settori di attività aziendali *conferite extra-moenia* mediante costituzione ex novo di società controllate, previa revisione degli scopi statutari della società scorporante.

3. Il sindacato finanziario sulla costituzione e sulla programmazione strategica dell'impresa pubblica. I rapporti tra il socio pubblico e la società partecipata. La dirigenza nella gestione societaria ed i poteri manageriali - Alquanto variegata e fertile per spinte esegetiche di natura evolutiva si presenta la casistica giurisprudenziale inerente *"a monte"* i rapporti tra il socio pubblico (o i soci pubblici) e la società partecipata, ed *"a valle"* i rapporti tra gli organi d'amministrazione sociale e la dirigenza aziendale incaricata della esecuzione delle strategie operative funzionali alla realizzazione della missione istituzionale affidata all'organismo societario .

Dalla disamina della giurisprudenza emergono fattispecie contrassegnate da dinamiche specifiche, tra le quali :

A. l'ammissibilità ed i limiti del sindacato di economicità sui contenuti del piano industriale , del programma aziendale strategico/funzionale e simili, al fine di valutare (con criterio ex ante e/o con criterio in itinere) la fattibilità giuridica e/o la reale e concreta utilità pubblica realizzabile e quindi conseguibile (es. finanza di progetto) ;

B. l'ammissibilità ed i limiti del sindacato di economicità sulla opzione tra la esternalizzazione e la gestione diretta di un servizio, di una attività d'impresa o di una parte di essa, e sulla transizione da un modello organizzativo ad un altro (es. gestione in economia di una attività o conferimento contrattuale a terzi) ;

C. l'ammissibilità del sindacato finanziario sulla programmazione strategica delle linee organizzative aziendali in relazione alle deliberazioni del Consiglio d'amministrazione, ed all'esercizio dei poteri manageriali della direzione amministrativa, con particolare riferimento alle politiche di gestione del personale (comprensive della ripartizione di compiti, funzioni e progetti, anche tra consulenti), alla gestione dei contratti con opzione tra gestione diretta ed indiretta delle attività , agli strumenti di controllo dell'efficienza dell'azienda e della economicità della organizzazione.

Dalle soluzioni giurisprudenziali adottate nei casi appartenenti alle aree tematiche così circoscritte , possono estrapolarsi taluni percorsi argomentativi, secondo i quali :

I - Nel sindacato di economicità sul piano industriale assegnato alla socie-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tà a partecipazione pubblica, avvalendosi della giurisprudenza di legittimità (la quale osserva come l'ente a regime privatizzato realizzi interessi collettivi con risorse di provenienza pubblica[1]), è configurabile l'ipotesi del danno erariale nella costituzione di una società per azioni a partecipazione pubblica dotata di un *piano industriale* privo dei requisiti di fattibilità giuridica [2].

Sul presupposto dell'inserimento funzionale della società nella organizzazione dell'ente locale in qualità di compartecipe fattivo degli scopi dell'ente/azionista, il danno erariale è ravvisabile nel conferimento iniziale di capitali destinati alla realizzazione di interessi collettivi privi di possibile attuazione, ma anche nella successiva ricapitalizzazione della medesima società per il ripianamento delle perdite sociali discendenti dall'ordinario funzionamento degli organi sociali nonostante la impossibilità dello scopo [3].

Il paventato rischio di interferenza o di sovrapposizione dell'azione di responsabilità amministrativa con le azioni sociali di responsabilità patrimoniale nei confronti degli amministratori (artt.2392 ss. cod. civ.), non sussiste nella ipotesi in cui l'imputabilità del danno erariale è correlata alla *"fase ascendente"* della costituzione e della gestione della partecipazione azionaria da parte dell'ente locale/socio azionista di maggioranza, e non alla *"fase discendente"* della gestione societaria da parte degli organi d'amministrazione.

Pertanto, l'espansione della giurisdizione finanziaria sulle società di capitali a partecipazione pubblica non costituisce una forma di sindacato sul mero rischio d'impresa, ma rappresenta invece lo strumento per accertare la complessiva «ragionevolezza economica» e la «oggettiva fattibilità» del progetto d'investimento. Le metodologie di accertamento della utilità del piano industriale non possono prescindere dalla verifica della ragionevolezza e della convenienza economica nella liquidazione dei compensi agli amministratori, la quale non può mai rappresentare l'unico scopo sotteso alla costituzione della società di capitali.

La verifica della ragionevolezza e della convenienza economica del piano industriale incontra talvolta fattispecie contraddistinte dalla adozione di politiche tariffarie insufficienti alla copertura dei costi di una linea di attività (es. trasporti urbani, funivia ed altro).

II – Ai fini del sindacato finanziario sulla programmazione strategica, tra le categorie giuridiche elaborate per qualificare le patologie finanziarie nelle

---

[1] Secondo Cass. n. 9096/05 del 3 maggio 2005, n. 10973/05 del 25 maggio 2005 l'organismo societario costituisce la "*longa manus*" degli enti territoriali, e quindi si configura come "istituzione pubblica".

[2] Per il sindacato sul piano industriale viziato dal ricorso improprio ed illegittimo allo strumento del *project financing* (finanza di progetto) v. Corte dei Conti- Sezione Giurisdizionale per Trentino Alto Adige – sede di Trento n.19/2008 del 10 aprile 2008 .

[3] Cass. 26 febbraio 2004 n. 3899.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

partecipazioni azionarie pubbliche , è annoverata l'ipotesi della società <insincera> , laddove le finalità sociali formalmente attribuite con l'atto costitutivo e lo statuto risultino sostanzialmente difformi dallo <scopo reale> in concreto perseguito dall'ente societario .

La configurazione in concreto dello scopo sociale viziato da "insincerità" evidenzia la costituzione di una "società inutile" , assoggettata al sindacato della Corte dei Conti per i profili di convenienza ed adeguatezza economica della scelta del modello societario (per il sindacato giurisdizionale di convenienza economica sulle partecipazioni pubbliche azionarie v. Cons. St. n.130 dell'1.2.1985, n.374 del 12.3.1990 ; ex plurimis , Corte dei Conti Sez. Giur. Umbria n.354 dell'8.11.2006) .

III – Il sindacato giurisdizionale nei rapporti tra gli organi d'amministrazione sociale e la direzione manageriale è agevolato dalla presenza di discipline miste (=pubblico/privato) e differenziate (=diritto privato speciale), concepite per la regolazione dei poteri di indirizzo e di gestione dell'impresa pubblica.

Considerazioni utili a rimarcare la sussistenza di molteplici profili comportamentali suscettibili di sindacato nella sede giurisdizionale riservata in forma esclusiva all'accertamento della responsabilità amministrativa, possono formularsi in merito ai rapporti tra gli organi d'amministrazione sociale e la dirigenza amministrativa alla quale è affidata la gestione manageriale dell'azienda di produzione del servizio e/o delle utilità pubbliche.

La natura privatistico/professionale del rapporto con la direzione manageriale non ostacola la configurazione della responsabilità amministrativa nelle ipotesi viziate :

- dalla grave superficialità nella deliberazione di omesso rinnovo dell'incarico dirigenziale, che risulta adottata senza alcun preliminare accertamento sulla natura e sulla durata effettiva del rapporto di lavoro di cui si dispone la cessazione, e senza una istruttoria adeguata e sufficiente alla imputazione di responsabilità dirigenziali ostative alla prosecuzione dell'incarico perché lesive degli interessi aziendali;
- dalla grave irragionevolezza dei procedimenti disciplinari orientati al licenziamento del dirigente nei cui confronti era stata già disposta la cessazione dell'incarico per scadenza della durata contrattuale;
- dalla palese disecomicità dell'accordo transattivo, il quale esprime un costo patrimoniale superfluo ed evitabile qualora i comportamenti di gestione dell'incarico dirigenziale fossero risultati conformi alla disciplina giuridica

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

applicabile al rapporto di lavoro [1].

4. I fenomeni distorsivi della libera concorrenza. Il conferimento di capitali ed il conferimento di azioni. La cessione delle azioni. La consulenza tecnica per la stima di valore del conferimento e della cessione - Il panorama degli accertamenti informativi ed investigativi sulle società pubbliche evidenzia la sussistenza di alcuni fenomeni distorsivi della libera concorrenza , nell'ambito dei quali l'organismo collettivo a partecipazione pubblica può approfittare di situazioni di privilegio normativo, provvedimentale o contrattuale, che si presentano in fattispecie viziate da molteplici zone d'ombra nel rapporto con il partner privato.

Le esperienze istruttorie consentono la individuazione di fenomeni esplorabili sotto il profilo dell'accertamento di eventuali condotte sintomatiche di devianza finanziaria, tra le quali emergono alcune fattispecie-tipo :

1. dalla complessità delle analisi giuridiche condotte sulla organizzazione e sulla collocazione nel mercato delle società pubbliche , emergono fattispecie nelle quali gli affidamenti "in house" consolidano situazioni di bilancio "a capitale minimo garantito", nel senso che l'impresa a partecipazione pubblica fonda la strategia di gestione sulla copertura delle spese generali d'organizzazione mediante i proventi del contratto di programma stipulato all'infuori di offerte concorrenziali, e di tale posizione si avvale per l'acquisizione di eventuali ulteriori commesse contrattuali e/o per l'acquisizione di partecipazioni azionarie in società collegate e/o controllate;

2. le situazioni di bilancio a capitale minimo garantito sottendono dei rapporti di provvista finanziaria tra il socio pubblico e la società partecipata, nell'ambito dei quali l'affidamento in house si ricongiunge al progressivo incremento delle risorse destinate alla gestione del servizio, od al contratto di programma. Tale incremento nella assegnazione delle risorse finanziarie è giustificato dalla logica apparente dell'incremento dei costi di organizzazione e di produzione dell'impresa, in difetto di verifiche sostanziali sulla economicità aziendale e sulla qualità del servizio;

3. le società pubbliche , miste od a partecipazione pubblica esclusiva , assumono partecipazioni azionarie "a cascata", ed in tale sistema maturano le operazioni di acquisizione di ulteriori partecipazioni o di cessione delle partecipazioni acquisite, con le connesse questioni discendenti dalla necessità di una trasparente stima di valore delle azioni acquisite e/o vendute dalla parte

[1] Per la analitica valutazione di tali triplici profili v. Corte dei Conti Sezione Giurisdizionale per il Trentino Alto Adige-sede di Trento n.22/2008 del 30/4/2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pubblica.

In tema di società miste con partecipazioni "a cascata" in società controllate per influenza dominante od in società collegate per influenza notevole (cd. società pubbliche di terza generazione), in tema di attività contrattuale extra-territoriale per l'acquisizione di commesse dirette, ed infine in tema di tutela della concorrenza *"per"* il mercato e *"nel"* mercato , sono alquanto significative alcune evidenze di natura normativa -prima- e giurisprudenziale -poi- .

Sotto il profilo normativo la legislazione *c.d. Bersani* introduce limiti operativi alle società a capitale pubblico , poiché l'art. 13 del d.l. n. 223 del 4 luglio 2006, convertito in legge con l. n. 248 del 4 agosto 2006, ai commi 1 e 2 prescrive che : "*Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori,* ***le società****, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni* ***pubbliche*** *regionali e locali per la produzione di beni e servizi* ***strumentali*** *all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonchè, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza,* ***devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti****, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1* (Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza - art. 13 cit. commi 1 e 2.).

Sotto il profilo delle evidenze negli orientamenti giurisprudenziali su profili sintomatici di patologie nelle combinazioni e nei collegamenti societari, appare fondamentale soffermare l'attenzione sulla sussistenza del pericolo che :*"si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese. Una situazione di tal fatta si verifica quando un'impresa usufruisca, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, ***in sintesi: un minimo garantito****. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali"* [1].

La disamina casistica delle combinazioni aziendali nelle società pubbliche *c.d. di terza generazione* può esprimersi nelle seguenti fattispecie-tipo :

- cessione a privati delle quote di partecipazione azionaria in società a partecipazione pubblica, ed eventuale conservazione di una partecipazione minoritaria intestata al socio pubblico per la prosecuzione della influenza sulla gestione strategica (quesito sulla stima di valore del conferimento iniziale e sulla stima di valore della successiva cessione) ;
- conferimento di azioni di società (che diviene controllata) in operazioni di aumento di capitale della società controllante, per emissione di nuove azioni con eventuale sovraprezzo (concambio azionario), e successiva cessione a terzi della partecipazione azionaria nella società controllante (quesito sulla stima di valore del conferimento per concambio e sovraprezzo, e sulla stima di valore della successiva cessione) .

[1] così C.G.A. n. 719 del 4.09.2007 sull'affidamento in house e sul requisito della "prevalenza" dell'attività svolta dall'affidatario diretto a favore l'ente affidante in termini di "quasi esclusività". Per l'ampliamento dei requisti limitativi dell'accesso all'affidamento *"in house"* , Consiglio di Stato Ad. Plen. n.1/2008 .

In tali ipotesi l'accertamento del danno erariale non può prescindere dalla consulenza tecnica di stima dei valori aziendali riferibili alla costituzione della società, al conferimento delle azioni, ed alla cessione della partecipazione di controllo, in relazione ai quali per l'operazione di estimo si contende sulla opzione tra il metodo patrimoniale, il metodo reddituale, il metodo finanziario ed i metodi misti[1] .

5. Conclusioni - L'analisi dei complessi fenomeni riconducibili alla organizzazione ed all'esercizio dell'impresa pubblica evidenzia una molteplicità di aree di gestione di ingenti risorse finanziarie di derivazione e/o di destinazione pubblica, contraddistinte da un vuoto di tutela all'interno del quale la giurisdizione della Corte dei conti è chiamata a svolgere un ruolo ad utilità infungibile, se comparato con le finalità proprie e tipiche dell'esercizio della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa.

Il sindacato finanziario sulla società "insincera" nella fase genetica, il sindacato finanziario sui conflitti di ruolo nei rapporti dis-funzionali tra socio pubblico e società partecipata nella fase gestionale, il sindacato finanziario sulla programmazione strategica viziata da mis-management nei rapporti tra amministrazione e direzione aziendale, costituiscono i momenti essenziali ed indefettibili per la ricostruzione dei lineamenti degli strumenti processuali e delle regole del giudizio , utilizzabili nell'esercizio della giurisdizione riservata alla Corte dei Conti.

La revisione dell'ambito, della natura e delle utilità del giudizio di conto da ammodernare nelle categorie giuridiche fondamentali per convertirlo a strumento processuale di certezza legale sull'amministrazione dei valori societari, deve ricongiungersi ad una attenta analisi delle dinamiche che contraddistinguono i comportamenti dell'impresa pubblica nel mercato e nella libera concorrenza.

L'impresa pubblica assumendo le forme della società di capitali opera sul mercato avvalendosi di situazioni di privilegio economico , le quali oltre a presentare profili di alto rischio per l'effettività della libera concorrenza, contengono e coprono fenomeni da esplorare sul versante della sana e corretta gestione finanziaria, e della economicità dell'investimento delle risorse finanziarie destinate ad utilità collettive.

Il giudizio di responsabilità amministrativa può rappresentare la sede naturale per la verifica di economicità delle gestioni societarie a condizione di

[1] v. "Valore d'azienda ed operazioni straordinarie". Prof. A. Incollingo in atti del Seminario permanente sui controlli – Corso di contabilità economica del 27/28 mrazo 2008 .

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

proporsi con categorie giuridiche idonee ad operare nei regimi misti e differenziati dal diritto comune, il quale contiene già strumenti di tutela sociale da non pregiudicare con inutili sovrapposizioni di matrice interpretativa.

Laddove la giurisdizione finanziaria riesca ad occupare quegli spazi segnati dal vuoto di tutela qualificato dall'incapienza degli strumenti cognitivi di diritto comune, il precipitato avrebbe la consistenza della produzione di utilità infungibili , in quanto tali non sottraibili nella determinazione interpretativa dei criteri di riparto giurisdizionale.

L'evoluzione degli indirizzi giurisdizionali presenta molteplici profili utili a vantaggio della indefettibilità e della infungibilità della giurisdizione riservata alla Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica, i cui connotati sono sensibili ad interpretazioni evolutive.

I recenti orientamenti della Corte di Cassazione[1] sulla lettura estensiva dei lineamenti degli strumenti processuali predisposti a tutela della integrità finanziaria dei bilanci pubblici costituiscono il naturale contesto sul quale realizzare il sistema di cognizione sull'impresa pubblica.

La Corte dei Conti è chiamata ad una re-interpretazione dei contenuti delle materie di contabilità pubblica in un contesto evolutivo non condizionato né ipotecato dai blocchi di materia conferiti dall'art. 103 cost. al Consiglio di Stato ed agli altri organi di giustizia amministrativa.

[1] Recependo l'esortazione della Corte Costituzionale a procedere per interpretazioni conformative, la Corte di Cassazione ha esplicato il contenuto di alcune discipline normative nelle quali risiede la evidente tendenza alla "espansione" delle utilità processuali riservate ai giudizi dinanzi alla Corte dei Conti.In tal modo, la Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 22059/2007 del 22 ottobre 2007, interpretando in sede di regolamento preventivo di giurisdizione l'art.1 comma 174 della legge 23 dicembre 2005 n. 266 – legge finanziaria per il 2006 *(nella parte in cui dispone che "al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali l'articolo 26 del regolamento di procedura di cui al regio decreto 13 agosto n. 1038 si interpreta nel senso che il procuratore regionale della corte dei conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di qui al libro VI, titolo III, capo V del codice civile)* –, ha espressamente riconosciuto che la pienezza della devoluzione alla giurisdizione del giudice contabile della tutela del credito erariale non è suscettiva di alcuna limitazione dei diversi mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Le azioni collaterali alla tutela diretta del credito erariale, pertanto, non risultano estranee alle materie di contabilità pubblica che l'art. 103 Cost. riserva alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale quindi si espande fino alle azioni accessorie e strumentali proponibili a tutela dei bilanci pubblici, come le azioni revocatorie avverso atti di depauperamento delle garanzie patrimoniali del "debito risarcitorio".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Controllo giurisdizionale dei provvedimenti di archiviazione della *notizia damni* da parte delle Sezioni regionali.

di Carmine Scarano*

Nella nuova conformazione dei giudizi di responsabilità, dopo la riforma del 1994, l'archiviazione è prevista, in modo quasi residuale, dal primo comma dell'art. 5 della legge n 19/1994, modificato dalla legge n. 639/1996, come obbligo previsto per il procuratore regionale quando, in caso di mancata autorizzazione alla proroga delle indagini da parte della Sezione giurisdizionale, deve emettere l'atto di citazione ovvero disporre l'archiviazione entro i successivi quarantacinque giorni.

Il legislatore non si è occupato oltre dell'archiviazione, preferendo regolamentare con maggior dettaglio altri aspetti peculiari dell'attività istruttoria del Pubblico Ministero presso la Corte dei conti, quali il sequestro conservativo e l'acquisizione dei mezzi di prova.

Nel corso dei quattordici anni trascorsi dalla riforma, non sono emerse particolari critiche degne di nota sulla questione dell'archiviazione neppure da parte della classe forense che, (e questo è un problema reale di tutela) nella fase preprocessuale delle indagini, ha una collocazione non ben definita, per non dire che non è neppure menzionata.

Se ne dovrebbe trarre una prima conclusione, nel senso che nel processo di responsabilità amministrativa non sembra sia particolarmente avvertito, proprio dai soggetti interessati alla giurisdizione della Corte dei conti, il problema legato alla mancanza di tutela con riferimento ai provvedimenti di archiviazione.

Semmai, qualche aspettativa si manifesta, invece, da parte di coloro che, avendo prodotto un esposto alla Procura regionale, nutrono un comprensibile affidamento nell'intervento del Pubblico Ministero affinché si rivolga all'accertamento delle situazioni illecite denunciate e chiedono di essere informati in caso di archiviazione. Ma in tal caso non sussiste un interesse giuridicamente qualificato alla luce della normativa in vigore.

La "suggestione" del processo penale - Le problematiche inerenti all'istruttoria nel processo di responsabilità amministrativa ed ai principi del giusto processo, portano inevitabilmente ad un confronto con il diverso modo con il quale il legislatore ha inteso invece regolamentare le indagini del P.M. nel processo penale e, da qualche parte, si tende a considerare quello come un

* Procuratore regionale della Corte dei conti per il Veneto.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

modello di garanzia al quale si dovrebbe omologare l'istrutttoria del P.M. contabile.

Tale inevitabile "*suggestione"* è frutto di un superficiale confronto tra due situazioni processuali che in comune hanno soltanto la figura del Pubblico Ministero che, in quanto parte pubblica, agisce nell'interesse generale a tutela di interessi primari ed individuati dalla legge.

Per il resto è sufficiente notare che, nel processo penale, il legislatore si è preoccupato di tutelare espressamente la persona indagata e le eventuali persone offese dal reato con una serie di norme sul segreto istruttorio, l'assistenza del difensore e l'intervento di un giudice particolare quale, appunto, il Giudice per le indagini preliminari.

Il processo per responsabilità amministrativa si radica, invece, a conclusione delle indagini, con il deposito dell'atto di citazione da parte del P.M., per il quale sussiste soltanto l'obbligo della formale contestazione dell'addebito ai presunti responsabili del danno, mediante la rituale notifica dell'invito a dedurre.

La formale contestazione dell'addebito e la possibilità di replica del presunto responsabile, oltre alla facoltà di essere sentito personalmente dal P.M., sono pertanto le uniche condizioni di procedibilità dell'istruttoria nel processo per responsabilità amministrativa.

L'attività istruttoria è quindi preordinata a verificare se sussistano condizioni per iniziare utilmente un giudizio di responsabilità, senza che con l'archiviazione si formi giudicato o che ne derivi un vincolo per lo stesso ufficio del pubblico ministero.[1]

A margine, si osservi che, nella fase anteriore all'emissione dell'atto di citazione, come già detto, l'assistenza legale del presunto responsabile non è prevista da alcuna norma.

Questa apparente "*tutela debole"* in realtà trova fondamento nella diversità evidente delle posizioni giuridiche tutelate; posizioni che, nel processo penale, coinvolgono i diritti fondamentali della generalità dei cittadini, mentre, nel processo di responsabilità amministrativo – contabile, la giurisdizione insegue i danni subiti da tutti i soggetti pubblici o destinatari di pubbliche risorse ed investe quindi un ambito soggettivo più limitato.

Diversa è anche l'ampiezza dei poteri istruttori tra P.M. penale e contabile, ove il primo può incidere sulla libertà personale, sul domicilio o sulla riservatezza delle comunicazioni, disponendo di poteri restrittivi della persona, della possibilità di utilizzare intercettazioni telefoniche ed ambientali, di di-

[1] (*v. infra Ord. N. 261/2006 Corte Costituzionale)*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sporre perquisizioni personali e domiciliari.

Il processo di responsabilità è e resta essenzialmente un processo documentale, nel quale la formazione della prova è fondata su atti amministrativi, normalmente di immediata disponibilità e di comportamenti la cui valutazione richiede soltanto il contraddittorio tra parte pubblica e parte privata, con le regole del processo civile, dinanzi a un giudice terzo ed imparziale, nei limiti stabiliti dai principi del giusto processo previsti dall'art. 111 della Costituzione.

Per questi motivi probabilmente il legislatore non ha avvertito finora alcuna necessità di intervenire in tema di garanzie nella fase preprocessuale del giudizio di responsabilità amministrativa, ma si è preoccupato di volta in volta soltanto di definire l'ambito della giurisdizione, il profilo soggettivo della colpa e, non casualmente, i tempi dell'istruttoria, al fine di privilegiare, più in generale, la ragionevole durata del processo.

Le disposizioni del codice di procedura penale in tema di archiviazione - E'comunque utile, ai fini della disamina del problema e di un confronto razionale con la prospettata ipotesi di introdurre un controllo giurisdizionale sulle archiviazioni anche nel giudizio di responsabilità amministrativa, compiere un sintetico excursus delle norme del codice di procedura penale che regolano la materia:

Archiviazione della notizia di reato

Al termine delle indagini il PM o esercita l'azione penale; o chiede al GIP l'archiviazione.

Le ipotesi di archiviazione sono previste in norme diverse e si presentano in forma graduata quanto al loro contenuto:

art. 408 c.p.p. concerne la "*richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato*": si verifica qualora all'esito delle indagini non si hanno elementi concreti per formulare un'imputazione. Le ipotesi sono le più varie, non si ha un'ipotesi di reato da contestare e da verificare in dibattimento. Gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

La genericità della norma può essere meglio circoscritta con il richiamo all'art. 129 c.p.p. dove si afferma che il giudice in ogni stato e grado del processo deve dichiarare la sussistenza di alcune cause di non punibilità, tra le quali: il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, il fatto non costituisce reato.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

art. 411 c.p.p. prevede "altri casi di archiviazione": anche in questo caso la genericità della norma viene delimitata dall'art. 129 c.p.p.. in questo caso le ipotesi di archiviazione attengono più a vicende procedurali che sostanziali. Si procede all'archiviazione quando risulta che manca una condizione di procedibilità (es. manca la querela), che il reato è estinto (es. per morte del reo o per prescrizione o per remissione di querela) o che il fatto non è previsto dalla legge come reato. In questi casi non si discute in merito all'accusa, ma l'attenzione è spostata a problemi procedurali.

art. 415 c.p.p. quando rimane ignoto l'autore del reato.

art. 3 della legge n. 46 del 20.02.2006 ha aggiunto una quarta ipotesi di archiviazione. Inserendo all'art. 405 il comma 1 bis, "*il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini* (questa ipotesi presuppone che sia stato presentato ricorso contro una misura cautelare personale).

Quando si verifica una di queste ipotesi il PM richiede al giudice l'**archiviazione**, trasmettendo il fascicolo contenente la notizia di reato e la documentazione relativa alle indagini espletate.

Il giudice deve valutare in camera di consiglio.

Valuta, innanzi tutto, se è **competente** a decidere sulla richiesta (facendo riferimento alle norme sulla competenza per materia e per territorio). Ex art. 22, comma 3 c.p.p. se riconosce la propria incompetenza per qualsiasi causa, la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

Se non vi sono problemi sulla competenza:

A) **accoglie** la richiesta di archiviazione e emette decreto di archiviazione, dopo di che restituisce gli atti al P.M., ponendo termine al procedimento.

B) **può non condividere quella richiesta e non archivia**. Non potendo esercitare l'azione penale in vece del P.M. fissa apposita udienza per discutere della richiesta. Fissata l'udienza il giudice ne da avviso al P.M. e alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato.

L'avviso va dato anche al Procuratore generale presso la Corte d'Appello,

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

il quale viene a conoscenza del fatto che il PM non ha esercitato l'azione penale, con la possibilità per questo organo superiore di **avocare** le indagini.

Udienza del G.I.P.

L'udienza si svolge in forma camerale (art. 127 c.p.p.) senza pubblico e senza ulteriori formalità, ma nel contraddittorio delle parti: ciascuna prospetta le proprie richieste in relazione alla richiesta di archiviazione.

Si possono verificare le seguenti ipotesi:

A) il P.M. modificando le proprie precedenti conclusioni richiede al giudice di non archiviare gli atti e di restituirglieli al fine i esercitare l'azione penale;

B) al contrario, il giudice può ritenere, sulla base della discussione svoltasi in udienza, che la richiesta del P.M. sia fondata e può procedere all'archiviazione della notizia di reato;

C) ex art. 409, comma 4, c.p.p. il GIP può ritenere di non archiviare in quanto le indagini appaiono incomplete. In tal caso con ordinanza indica al P.M. quali ulteriori indagini egli deve compiere, fissando il termine per il compimento delle stesse. Sono le c.d. **indagini suppletive.** Gli atti vanno restituiti al PM che deve eseguire quelle indagini e all'esito delle stesse deciderà se richiedere l'archiviazione o esercitare l'azione penale, sulla base dei risultati delle nuove indagini.

D) il giudice, pur ritenendo le indagini complete, non condivide la richiesta di archiviazione del PM e dispone, ex art. 409, comma 5 c.p.p., con ordinanza che entro 10 giorni il P.M. formuli l'imputazione. Il P.M. deve aderire a questa disposizione. Nella c.d. **imputazione coatta**, entro due giorni da quando il P.M. formula l'imputazione, il giudice fissa l'udienza preliminare e si passa alla fase processuale (non si ha archiviazione, ma esercizio dell'azione penale, sebbene su indicazione del giudice).

N.B. Corte Cost. ha escluso l'illegittimità dell'istituto dell'imputazione coatta: non è il giudice che esercita l'azione penale, ma si limita a dare impulso al P.M. perchè lo faccia!

Opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione

Può accadere che, prima che il giudice si pronunci sulla richiesta di archiviazione, sia la persona offesa a proporre opposizione alla richiesta ex art. 410 c.p.p.

E' la stessa parte offesa, avvisata dal P.M. prima che invii al giudice la sua richiesta, ad assumere l'iniziativa dell'opposizione (ex art. 408 c.p.p. la parte offesa può chiedere in ogni momento di essere avvisata della decisione del P.M. di richiedere l'archiviazione. Solo in presenza di tale richiesta il

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

P.M. è obbligato a dare avviso.)

Se la parte offesa presenta opposizione questa va depositata nella segreteria del P.M. ed il P.M. trasmetterà al giudice gli atti con la sua richiesta e la proposta opposizione.

Con l'opposizione la parte offesa non può chiedere che il P.M. eserciti l'azione penale ma può chiedere che si svolgano ulteriori indagini preliminari. La richiesta non può essere generica, ma concreta e specifica. Dovranno essere indicati l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova.

Nella procedura di archiviazione il giudice dovrà compiere una duplice valutazione:

- **in ordine all'ammissibilità**: in caso di omessa o insufficiente indicazione delle indagini che si sollecitano e quali specifici mezzi di prova le sorreggono. Se inammissibile il GIP deve emettere un decreto con cui la dichiara, specificandone i motivi. Questa decisione potrà essere oggetto di ricorso in Cassazione.
- **se l'opposizione è ammissibile**: il giudice procede a fissare apposita udienza a seguito della quale il GIP deve decidere se accogliere o meno la richiesta del P.M. e se disporre le indagini suppletive sollecitate.

Avocazione

Il **Procuratore generale presso la Corte d'Appello** può acquisire gli atti delle indagini preliminari, sostituendosi al P.M., naturalmente competente quando:

- il P.M. non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito per legge;
- la sua richiesta di archiviazione non viene accolta subito dal GIP il quale fissa l'udienza camerale per discuterla**:** in questo caso il Procuratore generale deve emettere un apposito decreto di avocazione, al quale segue la trasmissione degli atti. Il Procuratore avrà solo 30 giorni per ultimare le indagini e manifestare al giudice le sue conclusioni;
- il giudice al termine della udienza preliminare ritiene di non avere elementi sufficienti a decidere e indica al P.M. le ulteriori indagini da compiere. Il provvedimento di integrazione probatoria va comunicato dal giudice al Procuratore generale, che può sostituirsi al P.M. per completare le indagini.

Riapertura delle indagini

Dopo l'emissione del decreto di archiviazione da parte del GIP gli atti tornano al P.M. e finiscono negli archivi della Procura della Repubblica.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Ex art. 414 c.p.p. dopo il provvedimento di archiviazione il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del P.M. motivata dall'esigenza di nuove investigazioni. Quando la riapertura è autorizzata il P.M. procede a nuova iscrizione ovvero decorrono nuovamente i termini per il compimento delle indagini.

N.B. Il provvedimento di archiviazione non è una decisione cui si accompagna il principio del ne bis in idem. In questo si distingue nettamente dalla sentenza di assoluzione o di proscioglimento dove solo in casi specifici si ammette una revisione della medesima.

L'archiviazione del Pubblico Ministero contabile

Indubbiamente, sotto un profilo strettamente teorico, nel processo di responsabilità amministrativa possono ravvisarsi situazioni a "*bassa soglia di tutela"*, la cui esistenza si pone in apparente conflitto con i principi del giusto processo.

Così si è sostenuto che "*Il decreto di archiviazione è atto unilaterale adottato dallo stesso Organo inquirente allo stato degli atti,senza che un Giudice-altro verifichi la completezza ed il significato delle prove ricercate Il mezzo di prova non assunto e pretermesso potrebbe essere inevitabilmente perduto, senza alcun contradditorio con la P.A. o la parte privata denunziante, e senza alcuna possibilità di prevenzione dal rischio di dispersione per l'assenza del controllo giurisdizionale* "

Ed ancora "*Difetta, poi, in radice il contraddittorio con la parte denunziante il danno erariale, la quale nella evoluzione delle forme di esercizio dell'azione amministrativa, può presentarsi nella qualità di titolare di situazioni soggettive sensibili alla tutela risarcitoria.*

In tale caso, l'archiviazione dell'istruttoria produce l'oggettiva diminuzione di tutela della parte denunziante la quale non ha neppure la facoltà di controllare e contraddire sulle prove acquisite dal Pubblico ministero che rimangono inaccessibili."[1]

L'Ordinanza n. 261/2006 della Corte Costituzionale

In tema di controllo giurisdizionale dei provvedimenti di archiviazione è intervenuta la Corte Costituzionale, in seguito all'ordinanza 28 giugno 2004, con la quale la Sezione Giurisdizionale per la Regione Abruzzo ha promosso giudizio di legittimità costituzionale in relazione al potere di archiviazione del

[1] Salvatore Pilato in Rivista della Corte di conti N. 1/2002 – Parte IV

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

procuratore regionale nei procedimenti di responsabilità amministrativa, previsto dall'art. 5, comma 1, del D.L. 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994 n. 19, nel testo sostituito dall'art. 1 del D.L. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla Legge 20 dicembre 1996, n. 639.

La configurazione dell'atto di archiviazione fatta dal P.M. nel giudizio a quo, come atto interno non conoscibile dal giudice, ha indotto il giudice remittente a sollevare la questione di legittimità costituzionale, eccependo la supposta violazione del diritto di difesa *"posto che la mancata previsione di una formale conclusione dell'istruttoria pregressa, da assoggettare eventualmente al vaglio di un giudice istruttore, non solo priverebbe i soggetti coinvolti nella istruttoria di un qualsivoglia riscontro conclusivo della vicenda, ma li porrebbe nella impossibilità di avvalersi a propria difesa degli esiti, qualora ad essi favorevoli o comunque significativi, di una pregressa istruttoria in un giudizio su fatti che possono presumersi coincidenti o correlati o riferibili a quegli altri, laddove – si sostiene – la garanzia di un processo nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, non tollera la segretezza di un atto così rilevante agli effetti della chiarezza del quadro delle possibili responsabilità o delle cause esimenti della responsabilità".*

La Suprema Corte, nel richiamare l'orientamento espresso con la sentenza n. 415 del 1995, con la quale aveva affermato "*che l'attività anteriore alla citazione è preordinata all'eventuale instaurazione del giudizio, ma non assume carattere decisorio* (non ha natura di pronuncia giurisdizionale), *anche quando si concluda con un atto di archiviazione",* ha definitivamente chiarito che "*ogni questione relativa all'assenza di un controllo esterno del giudice sull'inazione del pubblico ministero ovvero concernente la motivazione,il deposito e la comunicazione dell'atto di archiviazione, si colloca in una fase anteriore al giudizio di responsabilità, che si apre con l'atto di citazione emesso dal pubblico ministero".*

Nella fattispecie, l'ordinanza ha quindi dichiarato la manifesta inammissibilità della questione posta al vaglio della Corte, ritenendo che la soluzione del dubbio avanzato non fosse necessaria ai fini del decidere, posto che il problema concernente la configurazione dell'archiviazione – come atto proprio del pubblico ministero o come atto soggetto al vaglio di un giudice terzo – era stato sollevato dopo la chiusura delle indagini ed il giudizio si era incardinato con l'emissione dell'atto di citazione nei confronti di altri soggetti, presunti concorrenti nel medesimo evento dannoso.

La Corte Costituzionale pertanto è apparsa nettamente orientata a favore di una separazione tra la fase preprocessuale, in cui l'attività istruttoria è finalizzata alla verifica della sussistenza delle condizioni per instaurare un giu-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

dizio di responsabilità, e quella giurisdizionale, che ha inizio con il deposito dell'atto di citazione.

Questo basterebbe, a parere dello scrivente, a risolvere la questione del controllo giurisdizionale sui provvedimenti di archiviazione, se ancora non si volesse osservare che il giudice, allorquando dispone l'integrazione del contraddittorio, a volte con criteri di eccessiva ampiezza che stravolgono il rapporto processuale instauratosi con l'atto di citazione, esercita comunque il potere di controllo sull'attività del pubblico ministero esattamente nella fase che gli è propria: ovvero quella del giudizio.

Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto precede, una prima osservazione che viene all'evidenza è che, almeno originariamente, sia l'istruttoria penale che quella contabile sono attività non processuali, ma miranti alla preparazione del processo.

Una particolare fase giurisdizionale interviene nell'istruttoria penale, con il controllo del G.I.P. sull'archiviazione; per un altro aspetto, anche nell'istruttoria contabile sopravviene un momento processuale in occasione della pronuncia del giudice sulla richiesta di proroga dei termini ex art 5, 1. c. L.19/94 avanzata dal Pubblico Ministero.

Orbene, proprio la disamina della regolamentazione data a proposito della richiesta di archiviazione del PM penale (correlata ad una fase che, si è detto, è all'origine preprocessuale), potrebbe indurre a concludere come la differenza fra un sistema e l'altro (quello penale e quello per responsabilità amministrativa), finisca per fondarsi sulla tutela degli interessi in gioco.

Appare evidente come una disciplina così dettagliata e rigorosa nel procedimento per l'archiviazione penale sia ispirata dal peso delle situazioni da tutelare, da una parte e dall'altra (sicurezza sociale e libertà individuale).

Circostanze che hanno spinto (inevitabilmente) il legislatore a dare forti connotati giurisdizionali ad una fase che sarebbe preprocessuale a tutti gli effetti.

La diversità delle situazioni sottostanti al procedimento per responsabilità amministrativa può, invece, far ritenere non necessaria la giurisdizionalizzazione della fase dell'archiviazione, che rimane pertanto circoscritta alla fase preprocessuale, senza che ne consegua un particolare"*vulnus*" per i soggetti indagati.

In altre parole, deve intendersi che il procedimento in esito al quale viene accertata l'insussistenza delle condizioni per la promovibilità dell'azione di responsabilità con il provvedimento finale di archiviazione (che, per l'appunto, la Corte Costituzionale ha qualificato a carattere non decisorio), è sufficientemente garantito dalle regole attuali a cui l'istruttoria contabile e

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'attività del PM devono attenersi.

La proposta di controllo giurisdizionale sulle archiviazioni

Le norme del codice di procedura penale sopra richiamate, pongono in evidenza alcune peculiarità che sfuggono completamente alla "proposta di legge" che si vorrebbe formulare, riducendo il sistema delle garanzie applicato nel processo penale, a un mero vaglio della richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero da parte del Presidente della Sezione o di un magistrato da lui delegato.

Addirittura si vorrebbe affermare in capo al Giudice, "*se non ritiene necessarie ulteriori indagini, il potere di ordinare al P.M. di formulare l'atto di citazione indicando il danno, l'amministrazione danneggiata e la condotta colpevole da contestare, fissando il termine perentorio non superiore a quarantacinque giorni."*

Tanto varrebbe sopprimere l'ufficio del Pubblico Ministero!

In questa direzione va la recente sentenza n. 1416/2008 con la quale la Sezione Giurisdizionale per il Veneto ha dichiarato procedibile, disponendo la trasmissione degli atti alla Procura regionale, il "*ricorso civico"* prodotto da un privato cittadino che, volendo affiancare nell'istruttoria il P.M. contabile, chiedeva di indagare nei confronti della Procura della Repubblica, ma non dei singoli magistrati titolari dell'inchiesta, per aver inutilmente indagato nei confronti di funzionari regionali assolti con sentenza del G.I.P.

Va osservato che l'*azione popolare* promossa con *ricorso* civico, si fondava sulla replica di una precedente denuncia già acquisita agli atti di un fascicolo istruttorio pendente presso la Procura regionale.

Non è quindi casuale la tendenza ad abbandonare la posizione di terzietà ed imparzialità del giudice per estendere il potere di controllo anche alla fase preprocessuale, controllando non soltanto l'atto finale dell'istruttoria del P.M., ma l'intera attività di indagine dello stesso.

Peraltro, nel proporre simili ipotesi di modifica del giudizio di responsabilità amministrativa, dovrebbero coerentemente essere richiamati anche le altre disposizioni che, nell'istruttoria penale, assicurano i parametri di rispondenza ai principi del giusto processo.

Innanzitutto va assicurata la terzietà dell'ufficio del G.I.P. che, in sede penale, è autonomo e si avvale di magistrati diversi da quelli che compongono le sezioni giudicanti del Tribunale.

È evidente che la costituzione di un ufficio del GIP nei procedimenti di responsabilità amministrativa, comporterebbe un inevitabile aumento del numero dei magistrati presso le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Appare illusorio ritenere che una simile ipotesi possa essere realizzata senza aumenti di spesa e con gli attuali problemi di carenza di organico che affliggono la Corte.

Diverrebbe inoltre inutilmente pletorica la stessa l'attività giurisdizionale dei magistrati addetti all'ufficio del G.I.P. presso le Sezioni regionali, che dovrebbero trattare un numero rilevante di provvedimenti di archiviazione, a volte riguardanti ipotesi minimali di danno oppure gravate di copiosa documentazione, senza alcun fondamento di responsabilità: basti osservare che nel 2007 a fronte di 1085 atti di citazione sono stati emessi 27392 provvedimenti di archiviazione.

Va inoltre osservato che gli atti del P:M. penale, sia in ipotesi di rinvio a giudizio che di archiviazione, sono molto essenziali e differiscono da quelli, maggiormente complessi ed articolati, emessi dal P.M. contabile che è vincolato all'emissione di atti rispondenti alle norme del codice di procedura civile.

Non va infine dimenticato che, salvo i casi per i quali non si procede all'iscrizione nel R.G.N.R., sono sottoposte al vaglio del GIP richieste di archiviazione che riguardano soggetti formalmente iscritti nel registro degli indagati o che coinvolgono persone offese dal reato, mentre nulla di tutto questo risulterebbe nelle istruttorie per responsabilità amministrativa, salvo i casi di archiviazione a seguito di invito a dedurre.

Ma è soprattutto in tema di garanzie che la proposta formulata presenta aspetti poco ponderati ove, ad esempio non si prevede l'avviso del diniego di archiviazione del GIP al Procuratore Generale (artt. 409 e 412 c.p.p.), il quale , venuto a conoscenza del fatto che il PM non ha esercitato l'azione, ha la possibilità di **avocare** le indagini

Altra questione, ignorata dalla proposta di legge ipotizzata, riguarda l'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione che, nel giudizio di responsabilità amministrativa, comporterebbe necessariamente il coinvolgimento delle amministrazioni danneggiate nelle camere di consiglio dinanzi al GIP; con quali conseguenze è facile immaginare.

Conclusivamente, in assenza di un problema oggettivamente avvertito per possibili critiche provenienti dalla dottrina o per violazioni ai principi del giusto processo eccepite nelle opportune sedi giurisdizionali, la questione trova alimento all'interno dell'Istituto ipotizzando discutibili soluzioni che, come si è avuto modo di esporre, potrebbero rivelarsi foriere di conseguenze estremamente negative per l'intero assetto del giudizio di responsabilità.

Ha affermato il Procuratore Generale della Corte dei conti, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, che la durata media dei giudizi in materia di responsabilità è di 274 giorni per il primo grado e di 195 per l'appello.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La ragionevole durata del processo, prevista dall'art. 111 della Costituzione, che costituisce una caratteristica positiva del giudizio di responsabilità per danno all'Erario, nell'assetto attualmente configurato dopo la riforma del 1994, risulterebbe certamente pregiudicata dall'introduzione del controllo giurisdizionale sui provvedimenti di archiviazione, poiché ne conseguirebbe, per i soggetti sottoposti ad indagine da parte del Pubblico Ministero contabile, una inutile dilatazione dei tempi di definizione dell'intera posizione, mutuando dal processo penale solo gli effetti negativi che sono all'evidenza di tutti.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La garanzia costituzionale del giudice precostituito per legge nei giudizi dinanzi alla corte dei conti

di Marco Smiroldo*

1.- *La precostituzione del giudice ed il c.d. "giusto processo".* - 2.- *I lineamenti dell'art. 25, comma 1, Cost. secondo la giurisprudenza costituzionale.* - 2.1.- *segue: il principio di precostituzione e la sua applicazione nell'ordinamento processuale contabile secondo la sentenza n. 272 del 1998 della Corte costituzionale.* - 3. – *Il processo d'adeguamento dell'attività degli uffici giurisdizionali della Corte dei conti ai principi contenuti nell'art. 25, comma 1, Cost..* - 4. – *L'immediata precettività dell'art. 25, comma 1, Cost., ed i principi del sistema tabellare applicabili nell'ordinamento processuale contabile.*- 5. – *L'attuazione del principio di precostituzione del giudice naturale nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti: una proposta ricostruttiva.* - 6. – *Le conseguenze della violazione dell'art. 25, comma 1, Cost.: nullità e responsabilità.*

1.- La precostituzione del giudice ed il c.d. "giusto processo" - L'interesse per le problematiche legate alla effettiva attuazione del principio del giudice precostituito[1] si fonda, innanzitutto, sull'indiscutibile importanza, anche pratica, di un principio fondamentale di civiltà giuridica[2], la cui forza normativa, come ha avuto modo di sottolineare la giurisprudenza costituzionale[3], si irradia su tutto il sistema di tutela giurisdizionale.

La ragione dell'affermazione del principio di precostituzione del giudice naturale risiede nella necessità di garantire effettività alla terzietà e all'indipendenza del giudice - sia del magistrato che viene scelto per costituire un giudice monocratico o collegiale, sia di quella del magistrato, capo dell'ufficio, che concretamente formula tale designazione - da condizionamenti, interni ed esterni[4], tali da poter incidere sulle proprie determinazioni o sul suo libero convincimento.

In particolare, l'art. 25, comma 1, Cost. si rivela norma determinante per

---

* Sostituto Procuratore Generale della Corte dei conti –Procura Regionale del Lanzio

[1] V. ANDRIOLI, *La precostituzione del giudice*, in Riv. dir. proc., 1964, 325 e ss.; DE LISO, Naturalità e precostituzione del giudice nell'art. 25, Costituzione, in Giur. Cost., 1969, 2671 e ss.; LIEBMAN Giudice naturale e costituzione del giudice, in Riv. Dir. Proc., 1964, 331. Nel presente contributo si utilizzerà la locuzione "*giudice precostituito*", con riferimento al principio posto dall'art. 25, comma 1, Cost. in accordo con la giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, che ricostruisce gli aggettivi *precostituito* e *naturale* riferiti al giudice come un'endiadi, in quanto "*la locuzione "giudice naturale" è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di "giudice precostituito per legge", il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie*". Così, Corte cost., sent. n. 29 del 1958.

[2] V. p. es., l'art. 6 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, o l'art. 101 del *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca.

[3] Ancora, Corte cost. sent. n. 272 del 1998.

[4] BARTOLE, Indipendenza del giudice (teoria generale)voce dell'Enc. Giur. Treccani, Roma, 1989, XVI, 1 e ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

assicurare al cittadino che si rivolge al servizio giustizia l'imparzialità del giudice, sottraendola ad ogni possibilità di arbitrio[1] (C. cost. sent. n. 127 del 1979 e da ultimo sent. n. 460 del 1994): infatti, è soltanto attraverso un giudice costituito *prima* ed a *prescindere* dal realizzarsi del conflitto di interessi particolari, cui è chiamato istituzionalmente a dare giuridica composizione, che l'Ordinamento può razionalmente garantire la neutralità del giudice rispetto all'oggetto del proprio giudizio e quindi l'obiettività e l'equilibrio – in altri termini la 'giustizià - delle sue decisioni.

È sul grado di immediata percepibilità all'esterno della dimensione di concreta effettività della terzietà, indipendenza, inamovibilità e imparzialità del giudice che si fonda l'affidamento del cittadino sul sistema giurisdizionale[2], espressione della sovranità di un ordinamento democratico[3] nel quale, appunto, si amministra la giustizia con "*giudici in nome del popolo*", e non con "*commissari del capo della corte*"[4].

La compresenza di tali condizioni essenziali, quindi, realizza il c.d. "*giusto processo*", del quale in definitiva la precostituzione del giudice è il *presupposto* necessario.

La centralità del tema, in passato, non è stata particolarmente avvertita dalla Corte dei conti, probabilmente anche a causa della propria struttura, unitaria e centralizzata a livello territoriale, e del ridotto numero di magistrati che esercitavano le funzioni giurisdizionali dell'Istituto.

La mutata architettura istituzionale a livello territoriale delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, operata con le leggi n. 19 e 20 del 1994, così come modificate dalla l. n. 639 del 1996, e la conseguente creazione di sezioni giurisdizionali regionali, alla quale ha fatto seguito la ridistribuzione su tutto il territorio nazionale di un numero crescente di magistrati, sono tutte circostanze che hanno contribuito a porre con rinnovata attualità all'attenzione degli operatori il tema dell'attuazione del principio costituzionale della precosti-

---

[1] GRIMALDI, *Il principio del giudice naturale precostituito per legge: valori di un principio*, in Foro pad. 1969, 119 e ss. Al riguardo si segnala che anche il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare l'inesistenza di poteri autonomi ed esclusivi del presidente del tribunale in ordine ai criteri organizzativi dell'ufficio, scissi dai principi generali dettati dal Consiglio Superiore della magistratura: Cons. St., III, 24 agosto 2004, n. 8480/04, in *Foro it.*, 2005, III, 392.

[2] *"a certezza del cittadino di veder tutelati i propri diritti e interessi da un organo già preventivamente stabilito dall'ordinamento e indipendente da ogni influenza esterna*", così, C. cost., sent. n. 156 del 1985.

[3] NOBILI, *Il giudice nella società contemporanea ed i criteri di assegnazione delle cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 77.

[4] In questo senso, v. FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro it.*, 1963, II, 168.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tuzione del giudice, sia in relazione ai criteri di assegnazione degli affari, sia alla formazione dei collegi giudicanti.

Si ricorda, a conferma di quanto detto, che proprio una Sezione giurisdizionale regionale – quella per la regione Puglia – aveva sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, rispetto all'art. 25, comma 1, Cost., le regole di individuazione del giudice designato a decidere in materia cautelare nell'ambito dei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti, questione – come si vedrà - risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 1998.

Dal 1998, soltanto nel 2005/2006 il Consiglio di presidenza della magistratura contabile è tornato ad affrontare il tema della precostituzione del giudice, adottando "linee guida" in materia le quali, come si avrà modo di illustrare, da un lato, non sempre si rivelano in linea con le indicazioni formulate dalla ricordata giurisprudenza costituzionale, dall'altro, attendono ancora di essere concretamente applicate.

2.- I lineamenti dell'art. 25, comma 1, Cost. secondo la giurisprudenza costituzionale - Prima di esaminare lo stato del procedimento avviato per dare concreta applicazione al principio di precostituzione del giudice nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti, appare utile fornire un breve quadro di sintesi degli arresti giurisprudenziali più significativi della Corte costituzionale, nei quali è stato precisato, tra l'altro, *quando* il giudice deve essere costituito e *come* deve essere costituito affinchè risulti osservato l'art. 25, comma 1, Cost.

La sentenza n. 88 del 7 luglio 1962 della Corte costituzionale può essere considerata il *leading case* in materia. Con tale decisione è stata chiarita la natura della posizione giuridica soggettiva garantita dall'art. 25, comma 1, Cost., che è quella di un vero e proprio diritto del cittadino, in particolare "*il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori in relazione a un fatto già verificatosi*"[1], ossia, sul piano prettamente temporale, dopo l'insorgere della controversia, momento identificabile secondo i vari ordinamenti processuali.

L'effettività di tale diritto è presidiata – com'è noto - da una *riserva di*

[1] V., C. cost., sent. 88 del 1962 : "*Il principio della precostituzione del giudice tutela nel cittadino il diritto ad una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere, o, ancor più nettamente, il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori in relazione a un fatto già verificatosi*".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

legge assoluta (sempre C. cost., sent. 88 del 1962), anche se, precisa sempre la Corte costituzionale, la nozione di giudice naturale non si cristallizza *"nella determinazione legislativa di una competenza generale*" (così, C. cost. sent. n. 42 del 1996), prospettando, così, uno spostamento del baricentro interpretativo della garanzia posta dall'art. 25, comma 1, Cost., dal '*giudice organò* al giudice '*persona fisica*'.

Tale cambio di prospettiva può essere considerato l'effetto dell'affermarsi del principio democratico come canone ordinatore del sistema giuridico, che ha comportato l'adozione di una scelta precisa tra due differenti modi di ricostruire il sistema di attuazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione: l'uno – nel quale il principio di precostituzione del giudice è riferito alla competenza astratta dell'organo giudiziario – è caratterizzato dalla discrezionalità nella concreta composizione dell'organo giudicante e dall'indiscusso (e indiscutibile) potere del capo dell'ufficio di distribuire gli affari, con conseguente gerarchizzazione dei rapporti all'interno della magistratura ed eliminazione di quel pluralismo alla tutela del quale è invece ispirato l'altro modello di ordinamento giudiziario, oggi accolto in Costituzione, che guarda alla magistratura come ad un potere diffuso, nell'ambito del quale il "*giudice precostituito*" è il giudice persona fisica chiamato ad attuare l'ordinamento nell'ambito di una concreta *res iudicanda*[1], in quanto, "*impedire che un dato processo possa essere giudicato dal tribunale di Catania non vale niente, se non resta impedito anche che si costituisca il tribunale di Ragusa applicando i giudici del tribunale di Catania*"[2]

La riserva di legge prevista dall'art. 25, comma 1, Cost., ha natura "*rinforzata*" in quanto, poiché la Costituzione impone la <u>*pre*</u>costituzione del giudice, il legislatore deve rispettare tale limite di natura temporale nella regolamentazione legale della costituzione del giudice: non è più sufficiente, allora, che la legge preveda le condizioni, i termini ed i modi della costituzione del giudice, ma la norma deve anche imporre che tale costituzione avvenga in un momento temporalmente precedente all'insorgere della controversia, termine che va identificato con riferimento alla disciplina dell'atto introduttivo del giudizio, propria di ogni sistema processuale[3].

---

[1] Così, ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enc. Dir.* (voce), aggiornamento II, pag. 365 e ss.

[2] L'espressione efficacissima, tanto da esser divenuta un classico nella letteratura sul giudice naturale è di Gaetano Foschini, in *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro it.*, 1963, II, 168.

[3] Così, p. es., nel sistema processuale civile, il giudice istruttore e quello monocratico o collegiale, dovrà essere costituito secondo il regime previsto dagli art. 7 bis e ter dell'Ord. Giud. in virtù di un provvedimento tabellare di data precedente a quella in cui si è perfezionata la notifica dell'atto di citazione. Allo stesso mo-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Con le sentenze nn. 143 e 144 del 1973 e l'ordinanza n. 93 del 1988, – nel coordinare la garanzia della precostituzione del giudice ed il principio buon andamento dell'attività giudiziaria - la Corte costituzionale ha precisato che l'individuazione del giudice che deciderà la controversia, e le sue eventuali successive sostituzioni, devono avvenire tramite l'impiego di criteri oggettivi, che siano tali da consentire *a posteriori* una verifica circa la loro corretta applicazione da parte dei capi degli uffici giudiziari. Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, "*precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri fra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione*"[1].

2.1.- segue: *il principio di precostituzione e la sua applicazione nell'ordinamento processuale contabile secondo la sentenza n. 272 del 1998 della Corte costituzionale.*

Come detto, la questione concernente la concreta applicazione del principio di precostituzione del giudice nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 1998.

Il Giudice delle leggi ha rilevato, in primo luogo, l'esistenza di una lacuna in materia nell'ordinamento processuale contabile che, com'è noto, è privo di una disciplina tabellare la quale, nell'ambito della magistratura ordinaria, assicura il rispetto del principio di precostituzione del giudice. La Corte costituzionale ha dichiarato comunque l'infondatezza della questione "*nei limiti di cui in motivazione*", dimostrando da un lato *aplomb* istituzionale ma, dall'altro lato, riservandosi in ogni modo di delineare espressamente le condizioni al verificarsi delle quali si può ritenere conforme a Costituzione il sistema di precostituzione del giudice con riguardo alla Corte dei conti.

Infatti, la Corte costituzionale precisa che, al fine di evitare la necessità dell'emanazione di una legge *ad hoc*, ovvero un proprio intervento additivo, per garantire la precostituzione del giudice alla *res iudicanda* la lacuna presente nell'ordinamento processuale contabile può essere colmata attraverso il

---

do, nel caso dei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti, il Collegio giudicante dovrà essere costituito con provvedimento di data precedente a quella nella quale viene depositato nella Segreteria della Sezione l'atto di citazione in giudizio del convenuto.

[1] In merito si può soggiungere che non vi è evidenza scientifica che dimostri che la piena discrezionalità dei capi degli uffici nella destinazione dei magistrati alle sezioni, nella composizione dei collegi giudicanti, e nell'assegnazione degli affari sia anche garanzia di un miglior funzionamento dell'organizzazione della giurisdizione. Al riguardo potrebbe obbiettarsi che proprio l'art. 97 Cost. stabilisce che gli uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, e non secondo i poteri discrezionali dei funzionari o dirigenti ad essi preposti.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ricorso al metodo utilizzato per i giudici ordinari, previsto dagli artt. 7 *bis* e 7 *ter* del *R.D. n. 12 del 1942* (Ordinamento giudiziario)[1], che prevede appunto

[1] R.D. 30-1-1941 n. 12, art. 7 *bis* :1. La ripartizione degli uffici giudiziari di cui all'articolo 1 in sezioni, la destinazione dei singoli magistrati alle sezioni e alle corti di assise, l'assegnazione alle sezioni dei presidenti, la designazione dei magistrati che hanno la direzione di sezioni a norma dell'articolo 47-*bis*, secondo comma, l'attribuzione degli incarichi di cui agli articoli 47-*ter*, terzo comma, 47-*quater*, secondo comma, e 50-*bis*, il conferimento delle specifiche attribuzioni processuali individuate dalla legge e la formazione dei collegi giudicanti sono stabiliti ogni biennio con decreto del Ministro di grazia e giustizia in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura assunte sulle proposte dei presidenti delle corti di appello, sentiti i consigli giudiziari. Decorso il biennio, l'efficacia del decreto è prorogata fino a che non sopravvenga un altro decreto.

2. Le deliberazioni di cui al comma 1 sono adottate dal Consiglio superiore della magistratura, valutate le eventuali osservazioni formulate dal Ministro di grazia e giustizia ai sensi dell'articolo 11 della *legge 24 marzo 1958, n. 195*, e possono essere variate nel corso del biennio per sopravvenute esigenze degli uffici giudiziari, sulle proposte dei presidenti delle corti di appello, sentiti i consigli giudiziari. I provvedimenti in via di urgenza, concernenti le tabelle, adottati dai dirigenti degli uffici sulla assegnazione dei magistrati, sono immediatamente esecutivi, salva la deliberazione del Consiglio superiore della magistratura per la relativa variazione tabellare.

2-*bis*. Possono svolgere le funzioni di giudice incaricato dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari nonché di giudice dell'udienza preliminare solamente i magistrati che hanno svolto per almeno due anni funzioni di giudice del dibattimento. Le funzioni di giudice dell'udienza preliminare sono equiparate a quelle di giudice del dibattimento.

2-*ter*. Il giudice incaricato dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari nonché il giudice dell'udienza preliminare non possono esercitare tali funzioni per più di dieci anni consecutivi. Qualora alla scadenza del termine essi abbiano in corso il compimento di un atto del quale sono stati richiesti, l'esercizio delle funzioni è prorogato, limitatamente al relativo procedimento, sino al compimento dell'attività medesima.

2-*quater*. Il tribunale in composizione monocratica è costituito da un magistrato che abbia esercitato la funzione giurisdizionale per non meno di tre anni.

2-*quinquies*. Le disposizioni dei commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* possono essere derogate per imprescindibili e prevalenti esigenze di servizio. Si applicano, anche in questo caso, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2.

3. Per quanto riguarda la corte suprema di cassazione il Consiglio superiore della magistratura delibera sulla proposta del primo presidente della stessa corte.

3-*bis*. Al fine di assicurare un più adeguato funzionamento degli uffici giudiziari sono istituite le tabelle infradistrettuali degli uffici requirenti e giudicanti che ricomprendono tutti i magistrati, ad eccezione dei capi degli uffici.

3-*ter*. Il Consiglio superiore della magistratura individua gli uffici giudiziari che rientrano nella medesima tabella infradistrettuale e ne dà immediata comunicazione al Ministro di grazia e giustizia per la emanazione del relativo decreto.

3-*quater*. L'individuazione delle sedi da ricomprendere nella medesima tabella infradistrettuale è operata sulla base dei seguenti criteri:

a) l'organico complessivo degli uffici ricompresi non deve essere inferiore alle quindici unità per gli uffici giudicanti;

b) le tabelle infradistrettuali dovranno essere formate privilegiando l'accorpamento tra loro degli uffici con organico fino ad otto unità se giudicanti e fino a quattro unità se requirenti;

c) nelle esigenze di funzionalità degli uffici si deve tener conto delle cause di incompatibilità funzionali dei magistrati;

d) si deve tener conto delle caratteristiche geomorfologiche dei luoghi e dei collegamenti viari, in modo da determinare il minor onere per l'erario.

3-*quinquies*. Il magistrato può essere assegnato anche a più uffici aventi la medesima attribuzione o competenza, ma la sede di servizio principale, ad ogni effetto giuridico ed economico, è l'ufficio del cui organico il magistrato fa parte. La supplenza infradistrettuale non opera per le assenze o impedimenti di durata inferiore a sette giorni.

3-*sexies*. Per la formazione ed approvazione delle tabelle di cui al comma 3-*bis*, si osservano le procedu-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'applicazione del c.d. sistema delle tabelle, dal 2000 – come si vedrà – automatizzato per mezzo del programma Valeri@.

Tale meccanismo legale - con particolare riferimento alla formazione dei collegi giudicanti ed ai criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici - rende attuale il rapporto di immedesimazione organica del magistrato persona fisica nell'ufficio giudiziario o giurisdizionale, prima ed a prescindere dal fatto che insorga una controversia, rendendo effettiva la garanzia costituzionale di precostituzione del giudice[1].

In tale prospettiva, quindi, il sistema di garanzie dell'indipendenza, terzietà e imparzialità della funzione è assicurato per la magistratura della Corte dei conti applicando ad essa i principi del sistema tabellare, prefigurando in tal modo la trasposizione alla Corte dei conti di un sistema identico, o almeno analogo, a quello previsto per la magistratura ordinaria. Ciò è possibile anche in considerazione del fatto che, alla stregua della previsione dell'art. 108 della Costituzione, è stato istituito il Consiglio di Presidenza della magistratura contabile (art. 10 della legge 13 aprile 1988, n. 117), al quale – analogamente a quanto previsto per il C.S.M. - sono affidate le deliberazioni sulle assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati.

La connessione fra imparzialità e precostituzione che si ricava dal disposto dell'art. 25, comma 1, Cost., esclude che i poteri organizzativi dei capi degli uffici possano essere svolti in modo assolutamente libero o addirittura arbitrario. Soltanto con tale significativa precisazione secondo la Corte costituzionale è possibile, allora, "*ritenere che l'esplicitazione di criteri per*

---

re previste dal comma 2.

7-ter. *Criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti.*

1. L'assegnazione degli affari alle singole sezioni ed ai singoli collegi e giudici è effettuata, rispettivamente, dal dirigente dell'ufficio e dal presidente della sezione o dal magistrato che la dirige, secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura ed approvati contestualmente alle tabelle degli uffici e con la medesima procedura. Nel determinare i criteri per l'assegnazione degli affari penali al giudice per le indagini preliminari, il Consiglio superiore della magistratura stabilisce la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice dei provvedimenti relativi al medesimo procedimento e la designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare. Qualora il dirigente dell'ufficio o il presidente della sezione revochino la precedente assegnazione ad una sezione o ad un collegio o ad un giudice, copia del relativo provvedimento motivato viene comunicata al presidente della sezione e al magistrato interessato.

2. Il Consiglio superiore della magistratura stabilisce altresì i criteri per la sostituzione del giudice astenuto, ricusato o impedito.

3. [Il Consiglio superiore della magistratura determina i criteri generali per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro].

[1] Così, espressamente, C. cost., n. 4 del 1986 e nn. 272 e 419 del 1998, nonché, *Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il biennio 2006/2007* (Circ. n. P – 27060 del 19.12.2005 – Deliberazione del 15 dicembre 2005, pubblicata sul sito internet del C.S.M.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

l'assegnazione degli affari, in quanto espressivi di un'esigenza costituzionale, che opera in tutti i settori della giurisdizione, possa aver luogo proprio nell'ambito di detti poteri discrezionali, quale manifestazione ed esercizio dei medesimi, senza necessità né di una specifica previsione legislativa né, tantomeno, di un intervento additivo di questa Corte". Applicando i principi stabiliti per la magistratura ordinaria, con riguardo alla Corte dei conti può pervenirsi alla formulazione di 'tabellè e di criteri per l'assegnazione degli affari attraverso l'esercizio dei poteri spettanti ai capi degli uffici, secondo modalità tali da garantire, comunque, la verifica ex post della loro osservanza.

3. – Il processo d'adeguamento dell'attività degli uffici giurisdizionali della Corte dei conti ai principi contenuti nell'art. 25, comma 1, Cost. - Le sentenze n. 1972 del 2006, e n. 2105 del 2006[1], (la secondo successiva, ma identica alla prima), della Sezione giurisdizionale per il Lazio, seppur prescindendo dalla concreta applicazione della regola nel caso di specie, consentono di fare il punto sullo stato di attuazione del principio di precostituzione nell'ambito dei giudizi innanzi alla Corte dei conti.

Le decisioni danno atto che a tal fine il procedimento ha avuto inizio "*con una prima fase, deliberata nell'adunanza del Consiglio di presidenza del 14-15 dicembre 2005*"[2], nella quale il Consiglio di presidenza, tra l'altro, ha richiesto ai capi degli uffici centrali e periferici di *"comunicare..... i criteri oggettivi e predeterminati in base ai quali provvedono a distribuire per l'anno 2006 i carichi di lavoro fra i magistrati assegnati ai rispettivi uffici*".

Successivamente, secondo la Sezione, il Consiglio di presidenza nell'adunanza del 3-4 maggio 2006, "*ha per così dire "affinato" la propria indicazione deliberando linee guida per le Sezioni giurisdizionali, per la Procura generale e quelle regionali e per le Sezioni di controllo: per le prime, i presidenti delle Sezioni giurisdizionali trasmettono annualmente al Consiglio di presidenza i calendari annuali delle udienze e comunicano i*

[1] La questione è sorta quando la Procura Lazio, a seguito d'istruttoria sul punto, ha accertato che, rispetto al momento di pendenza della *res iudicanda*, coincidente col deposito nella segreteria della Sezione dell'atto di citazione, avvenuto in data 10 ottobre 2005, il Presidente della sezione giurisdizionale Lazio, con provvedimenti dell'aprile 2006, aveva designato prima il giudice relatore e, soltanto successivamente, aveva costituito il Collegio giudicante che avrebbe trattenuto in decisione la causa all'udienza del 25 settembre 2006. Ciò in assenza di atti del Consiglio di presidenza di contenuto analogo a quelli previsti dall'art. 7 bis e 7 ter dell'Ord. giud. e in mancanza di criteri obiettivi e predeterminati fissati dal Consiglio di presidenza dai quali far derivare la costituzione del collegio giudicante e l'assegnazione dell'affare al giudice relatore,

Le date di adozione dei provvedimenti in questione dimostrano che sia l'individuazione del giudice relatore (aprile 2006) sia la costituzione del Collegio giudicante (sempre aprile 2006) sono successivi alla pendenza della *res iudicanda* (10.10.2005).

[2] Occorre precisare al riguardo che un primo tentativo venne compiuto dal Consiglio di presidenza nel 1998, ma senza concreti risultati che consentissero di arrivare all'elaborazione di tabelle o altri atti analoghi.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

criteri adottati per la composizione dei collegi giudicanti, nonché i criteri adottati per l'assegnazione dei giudizi ai relatori ed ai giudici monocratici, indicazioni fornite ai capi degli uffici con deliberazione 17 maggio 2006, n. 176".

A rigore, tale conclusione non può essere condivisa.

Infatti, se si ha riguardo alle premesse che giustificano la deliberazione 17 maggio 2006, n. 176, si ottiene conferma che le linee guida ivi contenute sono state sottoposte all'attenzione dei magistrati con funzioni direttive "*al fine di pervenire, per quanto possibile, alla adozione di criteri oggettivi e predeterminati nella ripartizione dei carichi di lavoro annuali fra i vari magistrati*", e non per la predisposizione di calendari annuali, la formazione dei collegi o l'assegnazione degli affari.

Non si può far a meno di rilevare la contraddittorietà tra le finalità espresse nelle premesse della delibera (riferite ai carichi di lavoro, locuzione più propriamente utilizzata in ambito amministrativo) e le indicazioni contenute nel dispositivo della stessa (concernenti calendari annuali e criteri obiettivi e predeterminati per la composizione dei collegi e l'assegnazione degli affari), realtà che si rivela significativo indice di una difficoltà interna al Consiglio di presidenza nel considerare unanimemente la reale natura della questione al suo esame.

"Da tutto ciò – continua la sentenza - *si rileva (si ripete, per fatto notorio ed in mancanza di prova contraria) anzitutto che i capi degli uffici hanno delibato dei criteri e li hanno sottoposti al Consiglio di presidenza; inoltre che essi non sono stati considerati tutti ed interamente efficaci (vedasi verbale dell'adunanza del 3-4 maggio 2006, pag. 16); infine - ed è ciò che qui interessa - che, per poter valutare la definizione dei criteri da parte dei capi degli uffici ed apprezzare la rilevanza di una loro eventuale imperfetta formulazione o anche di una loro eventuale mancanza, occorre attendere che la procedura sia, a giudizio dello stesso organo di governo, perfezionata.*

Ciò, per quanto riguarda la fissazione di criteri, regolamentazione avente lo scopo di uniformare l'attività degli uffici giurisdizionali ai principi contenuti nel richiamato art. 25 della costituzione.

"*Naturalmente* – conclude il Collegio – "*tale indicazione può valere per il futuro*", realtà che espressa in chiaro significa che il Collegio della causa in esame non era stato precostituito per legge.

Sostanzialmente, analogo discorso è stato fatto con riguardo all'assegnazione degli affari (non dell'affare specifico) al giudice relatore, per la designazione del quale esiste una norma *ad hoc* (art. 17, Reg. 1038/1933).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

La richiamata decisione ha certificato, pertanto, che dopo quasi 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, e ben oltre 8 anni dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 272 del 1998, le regole di concreta realizzazione del principio del giudice naturale precostituito per legge sono per la Corte dei conti una "*indicazione che può valere per il futuro*"[1], e quindi non sono state applicate né nel caso deciso, nè hanno trovato ancora attuazione, se non in limitati casi[2].

4. – L'immediata precettività dell'art. 25, comma 1, Cost., ed i principi del sistema tabellare previsto dagli artt. 7 bis e 7 ter del R.D. n. 12 del 1942 (Ordinamento giudiziario) applicabili nell'ordinamento processuale contabile - Vista l'immediata precettività dell'art. 25, comma 1, Cost., realtà confermata dalla Corte costituzionale con riguardo al sistema processuale contabile sin dal 1998, può essere opportuno esaminare in concreto quali possano essere i principi e criteri del c.d. diritto tabellare che siano suscettibili di essere importati nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria della Corte dei conti.

I passaggi essenziali del procedimento previsto dagli artt. 7 *bis* e 7 *ter* del R.D. n. 12 del 1942 (Ordinamento giudiziario) per formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari sono i seguenti:

1.- *l'emanazione, ogni due anni, da parte del C.S.M. di una circolare sulla formazione delle tabelle*.

2.- *la formulazione da parte dei capi degli uffici giudiziari delle proposte di tabelle, sulla base dei criteri indicati nella circolare del C.S.M*.

3.- l'approvazione da parte del C.S.M. delle tabelle di organizzazione degli uffici e con esse dei criteri per l'assegnazione degli affari.

4.- L'emanazione di un decreto da parte del Ministro della giustizia che dà forma giuridica al deliberato del C.S.M..

Al di là degli aspetti procedimentali, in merito ai quali la Corte costituzio-

[1] V. Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio, sentenza n. 1972 del 2006, punto 1.3 del considerato in diritto.

[2] Al riguardo, occorre rilevare che, fatta eccezione, almeno per quanto attiene ai criteri per l'assegnazione degli affari, per le Sezioni giurisdizionali di Sicilia, Liguria, Puglia, Marche e Umbria, la condizione nella quale, allo stato, sembrano versare le altre sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si rivela unica nel suo genere, in quanto anche il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ha emanato un Testo unico contenente le direttive per l'organizzazione degli uffici giudiziari nel quale sono contenuti i criteri obiettivi e predeterminati ai quali i presidenti di sezioni si devono rifare per assegnare gli affari e precostituire i collegi giudicanti: v. Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, deliberazione del 25 febbraio 2005 e s.m.i.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

nale si è limitata ad indicare un parallelismo tra C.S.M. e Consiglio di presidenza della magistratura contabile, ciò che più rileva ai fini dell'indagine che si sta compiendo sono le indicazioni che, sul piano contenutistico, risultano inserite nella circolare del C.S.M.

In particolare, p. es., la circolare del C.S.M. sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il biennio 2006/2007[1] specifica che nelle proposte tabellari dovranno essere indicati i giorni di udienza settimanale di ciascun magistrato, anche con riguardo ai Giudici onorari aggregati. Nel settore civile dovranno essere indicati, tenendo conto di quanto disposto dagli artt. 113, 114 disp. att. c.p.c. e 16 d.lgs. n. 273/1989 nonché dagli artt. 102, 103 e 104 R.D. n. 2641/1865, per ciascun magistrato i giorni delle udienze monocratiche e i giorni delle udienze collegiali, distinguendo le udienze per le trattazioni degli appelli, dalle udienze per la discussione delle cause e dalle udienze per le procedure in camera di consiglio.

Limitando in questa sede l'esposizione ai contenuti che possono avere una diretta applicazione anche all'organizzazione degli uffici giudiziari della Corte dei conti, la circolare stabilisce che le proposte tabellari debbano prevedere, tra l'altro:a) la destinazione dei magistrati all'interno dell'ufficio; b) l'assegnazione alle sezioni dei presidenti e l'eventuale attribuzione dell'incarico di coordinare uno o più settori di attività dell'ufficio; c) la formazione dei collegi giudicanti; d) i criteri obiettivi e predeterminati per l'assegnazione degli affari alle singole sezioni, ai singoli collegi ed ai giudici; e) i criteri per la sostituzione del giudice trasferito, assente, astenuto, ricusato o impedito.

Quanto all'assegnazione degli affari alle sezioni, ai collegi ed ai giudici, monocratici o componenti i collegi, la circolare del C.S.M. sancisce che deve avvenire – come detto - in base a criteri oggettivi e predeterminati, sempre "*allo scopo di assicurare la realizzazione del principio di precostituzione del giudice, riferibile anche al giudice persona fisica*". In particolare, non sono ammissibili criteri equitativi o che dipendano nella loro attuazione dalla discrezionalità del dirigente. Così, p. es., qualora la stessa materia sia assegnata a più sezioni o, nel caso di sezione unica, a più giudici, dovranno essere indicati i criteri di ripartizione degli affari della materia tra le diverse sezioni e tra i diversi magistrati.

[1] Circ. n. P – 27060 del 19.12.2005 – Deliberazione del 15 dicembre 2005, pubblicata sul sito internet del C.S.M.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Altro criterio obiettivo è rappresentato dal fatto che non possono essere assegnati affari al magistrato nel periodo di congedo di maternità, paternità o parentale di cui agli artt. 16,17, 28 e 32 t.u. 151/2001, con conseguente necessità della sua sostituzione.

Inoltre, per ciò che attiene alla distribuzione degli affari tra i magistrati addetti alla sezione lavoro, atteso che essi sono tutti qualificati da omogenea competenza, essa può avvenire in base a criteri automatici, salvi i correttivi diretti ad assicurare evidenti esigenze di funzionalità (cause connesse da riunire), nonché a garantire la genuinità dell'automatismo, onde evitare sia la prevedibilità dell'assegnazione, sia la possibilità che il sistema automatico venga utilizzato in modo da consentire la scelta del giudice ad opera della parte.

I criteri di composizione dei collegi, secondo la menzionata circolare, devono essere predeterminati anche all'interno della medesima sezione. Qualora il collegio non possa essere presieduto dal Presidente di sezione, o se questo manchi, la presidenza spetterà al magistrato più elevato in qualifica o al più anziano dei magistrati di pari qualifica componenti il collegio.

Qualora i Presidenti di Corte, ovvero di Tribunale, oppure di sezione di Tribunale, dirigano più sezioni, devono essere predeterminati i collegi e le udienze che i presidenti intendono presiedere.

Nei casi in cui il numero dei magistrati assegnati all'ufficio non organizzato in sezioni, ovvero ad una sezione penale, sia superiore a quello necessario per la composizione del collegio, il calendario delle udienze deve indicare anche la composizione dei collegi previsti in ciascuna udienza o, comunque, i criteri di formazione di questi collegi, in modo che risulti soddisfatta l'esigenza della precostituzione del collegio. In detti casi deve essere assicurata la periodica reiterazione dei collegi, in modo da agevolare la fissazione delle udienze di rinvio nei processi di lunga durata.

La proposta tabellare, infine, deve tener presente le regole processuali del giudizio a cui si riferisce.

In tale prospettiva, si ritiene di dover limitare l'analisi di tale aspetto alle regole della procedura civile, le cui norme si applicano ai giudizi dinanzi alla Corte dei conti nei termini stabiliti dall'art. 26 del R.D. 1038 del 1933 (Regolamento di procedura per i giudizi dinnanzi alla Corte dei conti).

La proposta di tabella formulata dal capo dell'ufficio giudiziario in materia civile dovrà tenere conto che:

a) all'inizio di ciascun anno giudiziario, con decreto presidenziale, sono stabiliti i giorni della settimana e le ore destinate all'udienza di prima comparizione, in primo grado ed in appello (art. 163, c.p.c.; art. 69 bis e 128, disp.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

att. c.p.c.). Il decreto viene affisso entro il 30 novembre in tutte le sale d'udienza e lì rimane per tutto l'anno successivo ;

b) all'inizio ed a metà di ciascun anno giudiziario, con decreto presidenziale, sono stabiliti i giorni della settimana e le ore destinate alle udienze dei giudici istruttori in primo grado (art. 80, disp. att. c.p.c.). Il decreto rimane affisso in tutte le sale d'udienza per il periodo al quale si riferisce;

c) all'inizio ed alla metà di ciascun anno giudiziario, con decreto del presidente della Corte d'appello, sono stabiliti i giorni della settimana e le ore destinate all'udienza dei giudici istruttori in appello (art. 128, comma 2, disp. att. c.p.c.). Il decreto rimane affisso in tutte le sale d'udienza per il periodo al quale si riferisce;

d) all'inizio di ciascun anno giudiziario, con decreto presidenziale, sono stabiliti i giorni della settimana e le ore in cui il tribunale o le sezioni tengono in primo grado ed in appello le udienze di discussione di cui agli artt. 275 e 359, c.p.c. (art. 114, comma 1, e art. 132, disp.att. c.p.c.). Il decreto rimane affisso per tutto l'anno in ciascuna sala d'udienza;

e) nel corso dell'anno, al principio di ogni trimestre, con decreto presidenziale, sono stabiliti i giorni in cui si tengono le camere di consiglio e la composizione dei relativi collegi giudicanti, in primo grado ed in appello (art. 113 e 132, disp. att. c.p.c.);

f) nel corso dell'anno, al principio di ogni trimestre, con decreto presidenziale, si stabilisce la composizione del collegio giudicante per ogni udienza di discussione (c.p.c. 190, 276) di cui ai commi terzo e quarto *dell'art. 275* del c.p.c., in primo grado ed in appello (art. 113 e 132, disp. att. c.p.c.).

5. – *L'attuazione del principio di precostituzione del giudice naturale nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti: una proposta ricostruttiva.*

Da quanto precede è agevole rilevare che il procedimento cui si è dato inizio con la *deliberazione Consiglio di presidenza del 14-15 dicembre 2005*", pur con le precisazioni contenute nella deliberazione 17 maggio 2006, n. 176, in realtà non si ispira al sistema tabellare previsto dagli artt. 7 *bis* e 7 *ter* dell'Ordinamento giudiziario, impedendo che si realizzi quel parallelismo di disciplina prefigurato con riferimento alla Corte dei conti nella sentenza n. 272 del 1998 della Corte costituzionale.

In particolare, gli elementi di criticità più significativi emergono sul piano contenutistico, e sono rappresentati dal fatto che le Linee guida emanate dal Consiglio di presidenza non richiedono la formazione di proposte tabellari o di atti analoghi che rendano attuale il rapporto di immedesimazione organica di

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

ciascun magistrato persona fisica nell'ufficio giudiziario o giurisdizionale d'appartenenza. Tali linee guida, inoltre, non contengono alcun criterio – obiettivo e predeterminato da parte del Consiglio di presidenza - al quale far riferimento per formulare dette proposte, mentre esse operano un'ingiustificabile commistione tra criteri di distribuzione dei carichi di lavoro, e criteri per la composizione dei collegi giudicanti e per l'assegnazione dei giudizi ai relatori ed ai giudici monocratici.

In realtà, l'attuazione del sistema prefigurato dalla sentenza n. 272 del 1998 non richiederebbe uno stravolgimento del sistema processuale contabile.

L'analisi delle norme del *Regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti* che si occupano della costituzione dei giudici - l'art. 17, comma 2, e l'art. 27, del R.D. 1038 del 1933 - pone in evidenza che queste appaiono quasi anticipare nei contenuti l'affermazione del principio di precostituzione, poi costituzionalizzato dall'art. 25, comma 1, Cost..

L'art. 17, comma 2, del R.D. 1038 del 1933, infatti, prevede testualmente, che "*Il presidente del collegio con suo decreto fissa il giorno dell'udienza ed il termine per la presentazione delle memorie, e con separato decreto nomina il relatore*". La norma presuppone quindi la precostituzione del collegio al deposito dell'atto di citazione in segreteria: secondo l'art. 17 del R.D. 1038 del 1933 è il *presidente del collegio* (e non quello della Sezione, anche se questo può – come di regola accade – coincidere con quello del collegio) che fissa la data dell'udienza di discussione in calce all'atto di citazione già depositato in Segreteria e che quindi, in seno al Collegio precostituito, nomina il relatore.

L'art. 27, del R.D. 1038 del 1933, è ancor più preciso, in quanto nel prevedere che "*I conti sono depositati nella segreteria della sezione, che li trasmette al primo referendario o referendario designato quale relatore dal presidente*" dà per scontato che la designazione del magistrato relatore del conto sia stata fatta prima del deposito del conto stesso in segreteria; quest'ultima, infatti, secondo la norma si limita a trasmettere il conto al magistrato relatore precedentemente designato, senza che sia necessaria una assegnazione del conto da parte del presidente al relatore in un momento successivo alla presentazione del conto medesimo[1].

Oltre che dalla corretta applicazione delle norme del Regolamento, il principio di precostituzione del giudice naturale potrebbe essere attuato anche nei

[1] V. Corte dei conti, Sez. I, 5 aprile 1988, n. 56.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

giudizi dinanzi alla Corte dei conti nel modo che segue:

A) all'inizio di ciascun biennio il Consiglio di presidenza della magistratura contabile dovrebbe emanare una circolare (o linee guida) contenente i criteri obiettivi per la formulazione da parte dei magistrati con funzioni direttive delle proposte di tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari, concernenti la individuazione dei magistrati che formeranno nel biennio successivo i collegi giudicanti dei giudizi di responsabilità, di conto, dei giudizi ad istanza di parte e l'individuazione dei magistrati del giudice unico delle pensioni, nonché i criteri per l'assegnazione degli affari;

Tenendo conto, quindi, della peculiarità dell'articolazione degli uffici giudiziari della Corte dei conti, quanto alla *composizione dei collegi*, i criteri dovrebbero essere predeterminati anche all'interno della medesima sezione. A tal fine, qualora il collegio non possa essere presieduto dal Presidente di sezione, o se questo manchi, la presidenza spetterà al magistrato più elevato in qualifica o al più anziano dei magistrati di pari qualifica componenti il collegio.

Nei casi in cui il numero dei magistrati assegnati alla Sezione, sia superiore a quello necessario per la composizione del collegio, il calendario delle udienze ex art. 114, comma 1, disp. att. c.p.c. dovrebbe indicare anche la composizione dei collegi previsti in ciascuna udienza o, comunque, i criteri di formazione di questi collegi, in modo che risulti soddisfatta l'esigenza della precostituzione del collegio. In detti casi deve essere assicurata la periodica reiterazione dei collegi, in modo da agevolare la fissazione delle udienze di rinvio.

P. es., una volta stabiliti i giorni di udienza settimanale che la Sezione terrà durante l'anno giudiziario, la sezione in composizione collegiale comprenderà oltre al Presidente ed al relatore, un magistrato in rotazione con inizio dal più anziano in ruolo e proseguendo sino al più giovane di quelli assegnati alla sezione.

Si dovrà infine prevedere la costituzione di un Collegio per le *ricusazioni*, composto da magistrati effettivi e da supplenti, in caso di ricusazione di un componente effettivo del collegio medesimo.

I *criteri per le assegnazioni* degli affari dovranno essere oggettivi e predeterminati, con esclusione di criteri equitativi o che dipendano nella loro attuazione dalla discrezionalità del dirigente.

Poiché la sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti attualmente è unica, a più giudici, dovrebbero essere indicati i criteri di ripartizione degli affari tra i diversi magistrati a seconda della materia trattata (responsabilità, conto, istanza di parte, pensionistica).

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Atteso che i magistrati assegnati alle sezioni giurisdizionali sono tutti qualificati da omogenea competenza, la ripartizione degli affari tra loro può avvenire in base a criteri automatici, salvi i correttivi diretti ad assicurare evidenti esigenze di funzionalità (p. es., cause connesse da riunire), nonché a garantire la genuinità dell'automatismo, onde evitare sia la prevedibilità dell'assegnazione, sia la possibilità che il sistema automatico venga utilizzato in modo da consentire la scelta del giudice ad opera della parte (tali criteri risulta siano applicati dai presidenti delle Sezioni Liguria, Puglia, Marche e Umbria).

A tal fine, p. es., l'assegnazione può essere realizzata attraverso il metodo tradizionale, ossia seguendo la progressione del numero di ruolo in parallelo con l'ordine di anzianità, partendo dal più anziano (risulta che tale metodo sia applicato dalla Sezione giurisdizionale siciliana.

Altro criterio obiettivo è rappresentato dal fatto che non possono essere assegnati affari al magistrato nel periodo di congedo di maternità, paternità o parentale di cui agli artt. 16,17, 28 e 32 t.u. 151/2001, con conseguente necessità di una sua sostituzione.

B) nelle proposte tabellari, per ciascuna Sezione dovrebbero essere indicati anche i giorni di udienza settimanale di ciascun magistrato e dovrebbero essere fissati, tenendo conto di quanto disposto dagli artt. 113, 114 disp. att. c.p.c., per ciascun magistrato i giorni delle udienze monocratiche e i giorni delle udienze collegiali, distinguendo le udienze per le trattazioni degli appelli dalle udienze per la discussione delle cause e da quelle per le procedure in camera di consiglio.

C) le proposte sub *B*) potrebbero essere approvate dal Presidente della Corte dei conti (p. es., ai sensi dell'art. 4, comma 3, R.D. 1214 del 1934), ove ciò si ritenesse necessario per conservare il parallelismo con il procedimento tabellare previsto dall'ordinamento giudiziario.

D) acquisite le proposte tabellari, il Consiglio di presidenza dovrebbe provvedere a tradurle in tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari di tutta la Corte dei conti, e quindi approvarle con propria deliberazione.

Tali tabelle potranno essere variate nel corso del biennio per sopravvenute esigenze degli uffici giudiziari, sulle proposte magistrati con funzioni direttive, sia di primo grado, sia d'appello. I provvedimenti in via di urgenza, concernenti le tabelle, adottati dai dirigenti degli uffici sulla assegnazione dei magistrati, saranno immediatamente esecutivi, salva la deliberazione del Consiglio di presidenza per la relativa variazione tabellare.

E) ciascun Presidente di sezione, sia di primo grado, sia d'appello, sulla scorta delle tabelle approvate, traspone nel calendario annuale delle udienze i giorni della settimana e le ore nelle quali i collegi precostituiti in base alle ta-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

belle approvate dal Consiglio di presidenza tengono le udienze – pubbliche o in camera di consiglio - dei giudizi di responsabilità, di conto, dei giudizi ad istanza di parte e di pensionistica.

Il decreto del presidente deve restare affisso per tutto l'anno in ciascuna sala di udienza della Sezione.

Sul piano più prettamente operativo, le procedure di formazione e variazione delle tabelle di composizione degli uffici giudiziari della Corte dei conti potrebbero essere automatizzate avvalendosi di una versione del programma Valeri@ opportunamente adeguato alle esigenze della Corte dei conti[1].

Il programma Valeri@, utilizzato come detto dalla magistratura ordinaria, permette di svolgere funzioni di controllo della organizzazione degli uffici giudiziari, funzioni esercitate dal CSM, e quindi in ambito Corte dei conti dal Consiglio di presidenza, su proposta dei dirigenti degli uffici, attraverso le delibere di formazione e variazione tabellare.

Il programma consente, inoltre: a) di monitorare il rendimento di ogni ufficio giudiziario, la concordanza dei criteri di ripartizione tra sezioni e tra magistrati, adottati dai singoli uffici, e soprattutto gli organici dei magistrati in rapporto alle reali esigenze di ogni ufficio; b) di visualizzare l'esatta "fotogra-

[1] Il programma, per la magistratura ordinaria, si compone di due parti: una relativa agli organici e l'altra relativa alla organizzazione.

La prima parte utilizza i dati degli archivi informatici gestiti dalle varie Commissioni del CSM e rappresenta il punto di partenza per gli uffici giudiziari. Si tratta della indicazione numerica dell'organico, dei nominativi dei magistrati assegnati all'ufficio e di quelli di cui è stato deliberato il trasferimento ad altro ufficio.

La seconda parte descrive le articolazioni dell'ufficio, indicando per il Tribunale e le Corti d' Appello le singole sezioni dell'ufficio, i criteri di ripartizione degli affari tra le sezioni, la composizione di ogni sezione, i criteri di formazione dei collegi, i criteri di ripartizione degli affari tra i singoli magistrati della sezione, i criteri di sostituzione dei magistrati assenti, impediti o ricusati.

Infine si segnala che l'informatizzazione delle tabelle degli uffici giudiziari risponde all'esigenza non solo di organizzazione degli uffici stessi, ma anche di valutazione dei risultati conseguiti, sia con riferimento ai criteri organizzativi adottati, sia con riferimento alla valutazione del lavoro dei singoli magistrati, problema la cui soluzione è ancora oggetto di ampie discussione in seno all'Organo di autogoverno della magistratura contabile.

L'obiettivo della acquisizione, nei prospetti tabellari, di dati statistici utili per una valutazione dei criteri organizzativi adottati con la proposte di formazione e variazione tabellare, sarà conseguito con il progetto ministeriale (Ufficio Sistemi Informativi Automatizzati) di informatizzazione dei registri delle cancellerie . A questo scopo, in campo civile, il gruppo di lavoro nominato dalla VII Commissione del CSM, di concerto con il Ministero della Giustizia e con il consenso del Consiglio Nazionale Forense, ha redatto una tabella relativa agli eventi più importanti nell'ambito di un procedimento civile e una tabella relativa alla tipologia degli oggetti , distinti per ciascun ruolo civile: contenzioso , camerale e volontaria giurisdizione , esecuzione civile , lavoro ecc.

Il CSM ha previsto che tali dati statistici rilevino il carico di lavoro non solo degli uffici , ma anche dei singoli magistrati. Con il progetto di automazione delle procedure di formazione e variazione delle tabelle di composizione degli uffici giudiziari, il CSM si propone di realizzare anche il secondo obiettivo , quello di acquisire dati statistici utili per una valutazione dei criteri organizzativi adottati. Il programma necessita, naturalmente, dell'aggiornamento dei dati in presenza di variazioni tabellari che modificano l'assetto organizzativo degli uffici.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

fia" della situazione organizzativa di ciascun ufficio e delle funzioni dei singoli magistrati.

6. – Le conseguenze della violazione dell'art. 25, comma 1, Cost.: nullità e responsabilità - L'urgenza di trovare un meccanismo di attuazione della garanzia della precostituzione del giudice naturale anche nell'ambito del processo contabile riposa anche nel fatto che la violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. non è priva di conseguenze sul piano giuridico; queste possono trarsi direttamente dal diritto positivo vigente, e riguardano sia il regime giuridico degli atti posti in essere in violazione del principio di precostituzione[1], sia il sistema delle responsabilità che ne conseguono.

Cogliendo la predetta indicazione della Corte costituzionale e volendo tentare di compiere una prima ricostruzione degli strumenti tecnici dei quali le parti possono avvalersi, si può innanzitutto osservare che, quanto al regime degli atti, in realtà, tali rimedi sono – come detto - già configurabili nell'ambito del diritto positivo, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 158 c.p.c.

Il principio di precostituzione del giudice di cui all'art. 25, comma 1, Cost. si può considerare la pietra angolare della generale disciplina relativa alla costituzione del giudice contenuta nelle leggi di ordinamento giudiziario; la violazione di tale principio – attesa la sua immediata precettività - può essere ritenuta allora come l'esempio paradigmatico di quei "*vizi di costituzione del giudice*" che comportano la nullità insanabile della sentenza impugnata ex art. 158, c.p.c.

La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 158 c.p.c., si rivela, inoltre, compatibile col principio di tassatività della nullità (art. 156, comma 1, c.p.c.), atteso che l'art. 158 c.p.c. si riferisce a "vizi" di costituzione, utilizzando una tecnica descrittiva dell'ipotesi di nullità che permette un'interpretazione estensiva del termine "vizi", tale da farvi rientrare anche quello previsto dall'art. 25, comma 1, Cost.

Diversamente opinando, il principio di precostituzione del giudice naturale rimarrebbe definitivamente una "*formula magica priva di effettivo contenuto*"[2].

Sul piano processuale, tale nullità deve essere rilevata d'ufficio nel giudi-

---

[1] IACOBONO, *Precostituzione e capacità del giudice. Le violazioni tabellari ed il regime delle nullità*, Milano, 2005.

[2] La definizione è di C.A. JEMOLO, in *Sugli asseriti riflessi costituzionali della ricusazione,* in *Giur cost.*, 1951, I, 645.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

zio in cui si determina[1]. Se ciò non si dovesse verificare, poiché l'art. 158, c.p.c. fa salva comunque l'applicazione dell'art. 161 c.p.c., che prevede la conversione delle nullità in motivi d'impugnazione, e pertanto il vizio di costituzione del giudice derivante dalla violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. dovrà esser fatto valere nei limiti e secondo le regole proprie dell'appello e della cassazione.

A tale stregua, qualora si dovesse accertare giudizialmente la violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. in relazione alla costituzione di un giudice – collegiale o monocratico -, e ciò avvenga nel corso del giudizio di primo grado, il giudice che procede dovrebbe rilevare d'ufficio, e dichiarare, la nullità degli atti e rinviare la causa a nuovo ruolo.

Nel caso in cui la nullità derivante dal combinato disposto degli artt. 25, comma 1, Cost., e 158, c.p.c. non fosse stata rilevata in primo grado, ma solo in grado d'appello, il giudice del gravame dovrebbe, in primo luogo, dichiarare la nullità della sentenza, ed in secondo luogo trattenere la causa in decisione per il merito, in quanto l'art. 354 c.p.c. non prevede la nullità della sentenza ex art. 158 c.p.c. come causa di remissione al primo giudice.

Qualora il vizio di precostituzione del giudice riguardasse il giudice d'appello, la nullità della sentenza ex art. 158 c.p.c. potrà esser fatta valere, o esser rilevata d'ufficio, nel corso del giudizio di Cassazione introdotto con ricorso ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

Rimane inteso che tale strumento non potrà essere utilizzato nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti, attesi i limiti della ricorribilità in cassazione delle decisioni del giudice contabile, notoriamente legati alla valutazione di questioni di giurisdizione, se non sotto il profilo di un possibile eccesso di potere giurisdizionale.

Infine, nell'ipotesi (di scuola) in cui il difetto di precostituzione del giudice concernesse la Corte di cassazione, la posizione giuridica soggettiva tutelata dall'art. 25, comma 1, Cost. potrebbe trovare adeguata tutela unicamente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6 della C.E.D.U. [2], strumento utilizzabile anche nel caso in cui la violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. dovesse riguardare una decisione delle Sezioni d'appello o delle SS.RR: in sede giurisdizionale della Corte dei Conti

6.3.- Come detto, la nullità degli atti che consegue alla violazione del com-

---

[1] ROMBOLI, *L'azionabilità del diritto al giudice naturale*, in *Studi in onore di Palazzolo*, Milano 1986, 734 e ss.

[2] "*Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

binato disposto dell'art. 25, comma 1, Cost. e dell'art. 158, c.p.c. comporta la possibilità di una pluriqualificazione giuridica delle condotte in termini di responsabilità.

In primo luogo, e prescindendo dalla responsabilità penale (che pure trova applicazione in tale ambito), come correttamente ricordato dalla sentenza della Sezione Lazio, la costituzione del giudice in un momento successivo all'insorgere della controversia può rappresentare il presupposto oggettivo di un'ipotesi di responsabilità disciplinare.

A tale forma di responsabilità si associa anche quella di natura patrimoniale, nel caso in cui la parti del giudizio dovessero soffrire un danno in ragione della nullità del procedimento o della sentenza, rappresentato sia dagli effetti giuridici negativi da riconnettersi al possibile maturare di prescrizioni o decadenze, sia dal pagamento di spese processuali e di lite per un grado di giudizio del tutto inutile. In tale prospettiva, dovrebbe ammettersi che le parti private possano azionare i meccanismi della responsabilità civile dei magistrati, qualora parte dei giudizi dichiarati nulli siano state pubbliche amministrazioni o l'ufficio del pubblico ministero, occorrerà verificare se non si possa dar luogo ad un'ipotesi di responsabilità amministrativa, nella quale la prospettiva del danno erariale assumerebbe una pluralità angolazioni. Da un lato, infatti, analogamente a quanto detto per le parti private, le pubbliche amministrazioni subirebbero il danno derivante dall'aver sostenuto inutilmente spese processuali e di lite. Dall'altro lato, l'amministrazione della giustizia sarebbe danneggiata non solo in ragione del disservizio causato dall'inutile sperpero di risorse impiegate per un'attività giurisdizionale *inutiliter data*, ma anche dalla lesione dell'immagine che deriverebbe dall'accertata violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. in ragione della sua natura di principio fondamentale di civiltà giuridica, la cui forza normativa, come ha avuto modo di sottolineare la giurisprudenza costituzionale[1], si irradia su tutto il sistema di tutela giurisdizionale[2].

[1] Ancora, Corte cost. sent. n. 272 del 1998.

[2] Le regole sulla pre costituzione del giudice, infatti, non assumono unicamente una valenza interna, rendendo quasi irrilevante sul piano giuridico la loro eventuale violazione. Il sistema tabellare, o altro analogo che realizzi comunque in concreto il rapporto di immedesimazione organica tra magistrato persona fisica e organo giurisdizionale in un momento precedente all'insorgere della controversia, assume anche una fondamentale valenza esterna, costituendo il presupposto per l'operatività dei meccanismi d'imputazione personale del sistema di responsabilità dei magistrati (v. art. 1, l. 13 aprile 1988, n. 117). In tale prospettiva, la costituzione del giudice successivamente all'insorgere della controversia da parte di un capo di un ufficio giudiziario può integrare gli estremi di un'ipotesi di illecito, come detto, suscettibile di una pluriqualificazione giuridica, qualora sia disposta in violazione dei principi normativi chiariti dalla giurisprudenza costituzionale e prescindendo da qualsiasi criterio obiettivo e predeterminato dall'Organo di garanzia della sfera d'autonomia costituzionalmente garantita alla magistratura.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

392

La responsabilità dinanzi alla Corte dei conti del curatore fallimentare

di Gloria Tinello*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva 2. L'istituto del curatore fallimentare 3. I compiti del curatore fallimentare 4. La responsabilità del curatore fallimentare 5. La responsabilità amministrativa del curatore fallimentare 6.Conclusioni. ***(legislazione: r.d. 16 marzo1942, n. 267; l. 14 maggio2005, n. 80; d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169; l. 14 gennaio 1994, n. 19 e 20; l. 20 dicembre 1996, n. 639; l. 24 marzo 2001, n. 89).***

1. Premessa introduttiva - La riforma del diritto fallimentare, entrata a pieno regime il 1° gennaio 2008, in virtù del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, recante *Disposizioni integrative e correttive al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5-*bis* e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80, ha inteso novellare, tra gli altri istituti, le funzioni degli organi della procedura fallimentare, al fine di conseguire l'obiettivo dell'efficienza, della semplificazione e della trasparenza del procedimento concorsuale[1].

La disciplina dell'insolvenza è stata regolata, per circa sessant'anni, dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 ed il taglio dato dal legislatore dell'epoca al testo di legge era fortemente condizionato dai principi economici e giuridici, propri di quel contesto storico, in cui dominava la figura di uno Stato autoritario e per il quale il perseguimento della tutela creditoria era considerato interesse pubblicistico supremo.

Difatti, la relazione di accompagnamento alla legge fallimentare del 1942 così si esprimeva "*Nelle sue linee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882 , e sviluppa su un piano organico i principi affermati dalla legge Rocco del 1930 nel senso di una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi individuali dei creditori e del debitore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento contrapposto a una tradizionale concezione privatistica ……. Ciò che importa è che la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori*".

---

* Avvocato del Foro di Velletri.

[1] Cfr. G. Cassano, Il diritto fallimentare riformato. Schemi di confronto con il correttivo e formulario. (Analisi del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 in vigore dal 1° gennaio 2008). Con introduzione di G. Capo. Editore Giappichelli, Torino, 2008.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il r.d. n. 267/42 era, dunque, finalizzato alla tutela creditoria, collettivamente intesa, la procedura aveva una finalità essenzialmente liquidatoria, diretta allo smembramento dell'azienda fallita, al fine di garantire la maggiore soddisfazione al ceto creditorio; il raggiungimento di tale obiettivo richiedeva un intervento penetrante del tribunale e del giudice delegato al quale veniva affidata la gestione della crisi dell'insolvenza, con compiti che non erano solo di carattere giurisdizionale ma anche strettamente gestorio.

Il legislatore del 1942 intendeva realizzare, infine, una stretta correlazione tra i concetti di insolvenza e colpevolezza dell'imprenditore, per cui il fallimento era una vera e propria sanzione nei confronti dell'imprenditore incapace che, a causa dei propri comportamenti scorretti, veniva spogliato dei suoi beni ed assoggettato a limitazioni di carattere personale.

Tale normativa, quale fedele riproduzione delle esigenze economiche di un'epoca, mal si conciliava con la visione, *medio tempore*, completamente mutata dello Stato e di un'economia che si accingeva a diventare capitalista e globalizzata.

Tuttavia, sebbene nell'ambiente accademico, sin dagli anni '70, si avvertisse l'esigenza di modificare l'impianto normativo della disciplina fallimentare, sul fronte politico è stato necessario attendere il nuovo millennio e il mutato contesto normativo europeo per poter dare avvio alla riforma del sistema delle procedure concorsuali.

La normativa è stata corretta in modo da consentire l'integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo, al fine di realizzare i principi di competitività e concorrenza in una libera economia di mercato. L'angolo prospettico da cui muove il legislatore della riforma è notevolmente mutato: vi è ora la convinzione che il rilancio dell'economia nazionale divenga possibile anche attraverso l'agevolazione delle attività imprenditoriali, per mezzo di valide alternative alla procedura fallimentare, in quanto l'impresa è un valore in sé da tutelare e preservare ed il fallimento si presenta solo come una delle possibili forme in cui si può declinare il rischio di impresa.

Nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, tradottosi poi nel D.Lgs. n. 5/2006, vi è una chiara presa coscienza dell'inadeguatezza del quadro normativo fino a quel momento in vigore dove le procedure approntate alla cura delle fasi di crisi dell'impresa erano tese essenzialmente alla liquidazione, a tutela degli interessi creditori, penalizzando, così, le istanze di recupero delle unità produttive dell'impresa fallibile.

Sebbene parte della dottrina abbia posto in luce come la nuova normativa non si sia tradotta, poi, in una riforma veramente organica, trascurando, peraltro, il versante della disciplina penale, non può non cogliersi il pregio teso alla ricerca di una più marcata sintonia tra il diritto concorsuale e le istanze

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

emergenti nelle dinamiche socio-economiche, nel tentativo sia di dare avvio alla deflazione del carico di lavoro delle sezioni fallimentari, sia di affidare all'istituto del fallimento la gestione di situazioni di insolvenza veramente idonee a determinare un sensibile impatto sulle relazioni di mercato[1] [2].

2. L'istituto del curatore fallimentare - Il curatore fallimentare è uno degli organi già espressamente disciplinati dalla legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 27-39) incaricati del procedimento fallimentare.

Come attentamente ha riferito la dottrina più autorevole[3] "*il concetto di organo è legato all'esistenza di un complesso di poteri e funzioni determinati dalla legge, formanti nel loro complesso un ufficio, di cui il soggetto (organo) è investito*".

Con riferimento alla procedura fallimentare, le tesi classiche erano divise circa la posizione del curatore rispetto agli interessi oggetto del fallimento: alcuni autori intendevano la figura del curatore medesimo come una sorta di incaricato o sostituto del fallito, altri lo consideravano un rappresentante dei creditori.

Critiche sono state mosse, in passato, all'una e all'altra teoria e la ricostruzione preferibile, accolta dalla giurisprudenza non solo di merito, ma anche di legittimità, è stata quella di intendere l'istituto del curatore fallimentare quale organo che opera in modo imparziale, in posizione autonoma, a fianco del giudice, nell'interesse generale non solo dei creditori ma anche del debitore. Si è posto in luce come tale soggetto eserciti una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, infatti egli è nominato dal tribunale e solo dal tribunale può essere revocato; la sua funzione si realizza

---

[1] Cfr. Cassano, op. cit. pg. 6.

[2] Si riporta la circolare INPS, 7/03/2007, n. 53 nella parte in cui riferisce: "con direttiva 987/80 del 20/10/1980 il Consiglio della CEE ha voluto garantire ai lavoratori subordinati una tutela minima in caso di insolvenza del datore di lavoro. A tale scopo la direttiva ha delineato un meccanismo di tutela basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia, che si sostituiscono al datore di lavoro per il pagamento di taluni crediti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza di quest'ultimo.

In attuazione di detta direttiva lo Stato italiano ha adottato due testi normativi, la legge 29 maggio 1982, n. 297, istitutiva del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto ed il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, con il quale la garanzia è stata estesa anche alle ultime retribuzioni (art. 1 e 2). Di recente, la disciplina del Fondo di Garanzia è stato integrata dal Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 186, adottato in attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 2002/74/CE del 23 settembre 2002, che ha regolamentato le cd. situazioni trasnazionali.

Sulla materia, nel tempo, sono intervenute decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, della suprema Corte di cassazione e della Corte costituzionale; inoltre dal 16/7/2006 è entrata in vigore la riforma del diritto fallimentare introdotta dal decreto legislativo 9/01/2006, n. 5 comportante notevoli riflessi sulle condizioni di accesso alla prestazioni del Fondo di garanzia stesso".

[3] Cfr. F. Ferrara, In Enciclopedia del diritto, Vol. XI, voce: Curatore del fallimento, Giuffrè editore, Milano, 1962, pg. 511 e ss.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

con il soddisfacimento dei creditori del fallito.

Premesso che il curatore opera sempre sotto la direzione del giudice delegato, il quale procede nell'ambito del potere di direzione che si estrinseca attraverso i provvedimenti autorizzativi, il suo compito diventa particolarmente delicato quando prospetta all'organo giurisdizionale le situazioni per le quali chiede l'autorizzazione ad intraprendere le varie azioni giudiziarie.

Infatti, una sua errata valutazione potrebbe determinare, consequenzialmente, un errato provvedimento del giudice che, difficilmente, è in grado di valutare autonomamente quanto il curatore via, via gli sottopone.

Più propriamente, il curatore è l'organo della procedura al quale spetta, principalmente, l'amministrazione dei beni del fallito sotto la direzione del giudice delegato.

Egli, infatti, è un incaricato giudiziario che opera a fianco del magistrato nell'interesse della giustizia. La conferma di tale tesi, discende dal riconoscimento legislativo della qualifica di pubblico ufficiale, nonché dai poteri che la legge gli riconosce per sostituire il debitore nella titolarità dei rapporti e, contemporaneamente, per tutelare gli interessi dei creditori.

L'art. 30 l. f. afferma che: "*il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale*".

Con riferimento, poi, alla disciplina degli organi della procedura fallimentare, la riforma ha evidenziato, uno spostamento del baricentro della gestione procedurale sul rapporto curatore-comitato dei creditori, cui fa da *pendant* sullo sfondo la figura del giudice delegato.

Il curatore nella legge fallimentare del 1942 veniva individuato come "*organo unipersonale*" in quanto rappresentato da un solo soggetto: l'eventualità di nominare più curatori era esclusa nel nostro ordinamento nel vigore della legge n. 267, a differenza di quanto stabiliva il codice di commercio del 1882 che regolava tale figura agli artt. 714- 722.

La sostituzione dell'art. 28, ad opera dell'art. 25 del D.Lgs 9 gennaio 2006, n. 5, rappresenta una modifica non marginale ai fini della nomina del curatore medesimo, considerato che dal 16 luglio 2006 l'ambito di riferimento si allarga notevolmente, difatti possono essere chiamati a svolgere funzioni di curatore fallimentare, oltre ad avvocati, dottori commercialisti e ragionieri, anche studi professionali associati o società tra professionisti.

Da un lato, dunque, la novella non ripropone più il divieto di nomina per il professionista che sia stato consulente del fallito o, comunque, si sia ingerito nell'impresa del medesimo durante i due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento.

Dall'altro lato, in seguito alla abrogazione, per effetto dell'art. 24 della legge n. 266 del 1997, dell'art. 2 della legge n. 1851 del 1939 che, come è no-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

to, recava il divieto di svolgere la professione intellettuale in forma societaria e alla conseguente introduzione nell'ordinamento delle società tra avvocati di cui al D.Lgs. n. 96 del 2001, è stato rimosso il principio di rigida intrasmissibilità presente nella legge fallimentare del 1942.

Allo stato attuale, lo svolgimento dell'incarico si configura, giuridicamente, come esecuzione personale di una prestazione d'opera professionale, ai sensi dell'art. 2232 c.c. che può essere svolta anche in forma collettiva, (studio professionale o società tra professionisti) a condizione che i soci stessi siano iscritti negli appositi albi professionali, rammentando l'obbligo della preventiva autorizzazione, in caso di delega a terzi, estranei alla società stessa.

All'atto della nomina, deve essere indicata la persona fisica responsabile dell'intera procedura, anche se poi il soggetto potrà variare, nel corso della medesima, in conseguenza del mutamento della compagine che caratterizza lo studio associato.

Il nuovo articolo 28, rubricato *Requisiti per la nomina a curatore* alla lettera a) prevede che possono essere chiamati a svolgere la funzione di curatore avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; alla lettera b) studi professionali associati o società tra professionisti a cui viene riconosciuta una soggettività giuridica piena; alla lettera c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché nei loro confronti non sia intervenuta dichiarazione di fallimento.

Con riferimento alla lettera c) dell'articolo 28 novellato, parte della dottrina si chiede se la sentenza dichiarativa di fallimento dovrà poi motivare la scelta effettuata, dando contezza delle adeguate capacità possedute a livello personale.

3. I compiti del curatore fallimentare - Dalla lettura delle norme si evince il rafforzamento dell'autonomia gestionale del curatore fallimentare al fine di realizzare una maggiore efficienza e celerità dell'intero procedimento. Egli compie scelte e propone soluzioni rimesse alla valutazione e all'autorizzazione del comitato dei creditori, mentre al giudice delegato spettano essenzialmente funzioni di controllo e non più anche di direzione sull'andamento della procedura, come era sotto la vigenza della legge del 1942.

La dottrina più attenta per un verso, ha evidenziato come la nuova normativa sembra connotare in modo marcatamente privatistico il momento gestorio della procedura concorsuale, per altro verso ha riconosciuto i vantaggi della regolarità e dell'efficienza della disciplina medesima che derivano dalla su-

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

pervisione dell'organo giudiziale e dal suo intervento nella risoluzione dei conflitti interni, come traspare dalla lettura dell'art. 36[1].

In particolare, per quanto concerne la figura del curatore fallimentare, il novellato articolo 38 accresce le sue responsabilità e, accanto alle preesistenti incompatibilità, connesse ai rapporti con l'imprenditore fallito, il legislatore della riforma ha dettato degli specifici requisiti che mostrino la professionalità e le capacità del soggetto in questione. Il tribunale, al contrario, ha il compito di indicare, nel provvedimento di nomina, le specifiche caratteristiche ed attitudini del soggetto prescelto[2].

4. La responsabilità del curatore fallimentare - Al termine di questa breve analisi sulla figura del curatore fallimentare, non può non farsi cenno al delicato tema delle responsabilità di quest'organo.

L'art. 38 riformato, al primo comma, dispone che il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio quando gli stessi derivino dalla legge o dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Confrontando il comma 1 dell'art. 38 novellato con il testo precedente, si osserva come al presente, il legislatore non richiami più la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, comma 1 c.c., bensì quella del professionista, regolata dal comma 2 del medesimo art. 1176 la cui valutazione si effettua tenendo conto della natura dell'attività esercitata.

La dottrina più attenta ha evidenziato come nell'ipotesi su esposta trattasi di una responsabilità contrattuale, proporzionata all'esercizio dell'attività posta in essere, a sua volta connotata da elementi pubblicistici e rientrante, certamente, nella fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c., in virtù del quale quando

---

[1] Cfr. L. Mandrioli, Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo Curatore fallimentare, in IL CASO. It. Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi documento n. 66, 18 giugno 2007; Cassano, op. cit.

[2] Cfr. G.L. Bertolotti, Il curatore fallimentare nella riforma delle procedura concorsuali (D. lgs. N. 5/2006), in dircomm.it, il diritto commerciale d'oggi, V. 2 – febbraio 2006 6.

L'autore evidenzia, sul fronte delle novità, con riferimento agli strumenti d' intervento del curatore, nella vita privata del fallito, il comma 1 dell'art. 33 da cui si evince l'eliminazione della relazione del curatore di ogni riferimento al tenore di vita del fallito medesimo e della sua famiglia. "L'intervento è coerente con una delle linee portanti della riforma delle procedure concorsuali, e cioè con l'idea che l'imprenditore non deve ricevere il biasimo sociale a cagione del dissesto dell'impresa e che allora le restrizioni alla libertà personale del fallito, così come i controlli sulla sua sfera privata, non debbano avere carattere "afflittivo" ma, semmai, essere strumentali al soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio".

Cfr. G. CABRAS, La governance del fallimento nella riforma della legge fallimentare, in dircomm.it, il diritto commerciale d'oggi, n. 11/2005, in cui l'autore afferma che: "In definitiva, il fallito, pur privato del potere di disporre dei propri beni e di amministrare l'impresa, non è più totalmente estraniato da essa; egli è perciò responsabilizzato per collaborare e ricercare modi e forme per riallocare le risorse produttive, a vantaggio dei creditori e, in generale, del mercato. Ciò consente, non solo di considerare il fallito pienamente partecipe circa la sorte della sua impresa, ma anche di riconoscergli poteri che non intacchino il soddisfacimento dei creditori".

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

la prestazione implica problemi di particolare difficoltà, il professionista risponde solo per dolo o colpa grave.

Anche la giurisprudenza di merito ha rilevato che *il procedimento di rendiconto ex art. 116 l. f., stante il rilievo di munus publicum ascrivibile all'incarico del curatore, risponde alla necessità di esaminare complessivamente il contegno tenuto dal professionista investito dell'amministrazione del patrimonio fallimentare, di verificare la rispondenza dell'operato in questione alle regole di legge che lo delimitano ovvero a quelle di convenienza per gli interessi della massa dei creditori concorrenti. Quanto al primo dei profili dettagliati, la diligenza invocata dal curatore non può che rispondere ai criteri dettati dall'art. 1176 secondo comma c.c., stante la qualificazione professionale richiesta per l'assunzione della carica ...*[1].

La giurisprudenza di legittimità, per l'appunto la prima sezione civile della Corte di cassazione, chiamata a decidere in punto di diritto sul provvedimento giurisdizionale della Corte d'appello di Brescia che aveva avvalorato il diniego di approvazione del conto, relativo alla gestione del fallimento della s.n.c. XXX e dei soci illimitatamente responsabili XX, presentato dal curatore, rag. X, venuto meno ai suoi doveri di corretta amministrazione, con la sentenza 25 giugno – 10 settembre 2007, n. 18940 ha così statuito:

Vero è infatti che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, "il giudizio che s'instaura, ai sensi dell'art. 116 legge fall., in caso di mancata approvazione del rendiconto della gestione del curatore può avere ad oggetto non solo gli errori materiali, le omissioni ed i criteri di conteggio, ma anche il controllo della gestione del curatore stesso e l'accertamento delle sue personali responsabilità per il compimento di atti che abbiano arrecato pregiudizio alla massa o ai diritti dei singoli creditori"[2].

Ma è altrettanto vero, secondo questa stessa giurisprudenza, che la violazione dei doveri d'ufficio del curatore "*può implicare responsabilità risarcitoria, e quindi costituire ragione ostativa alla suddetta approvazione, solo quando abbia in concreto determinato un pregiudizio alla massa od ai singoli creditori*"[3].

La giurisprudenza tende dunque a riconoscere, in contrasto con una parte della dottrina, la possibilità di inserire nella verifica contenziosa del conto di gestione anche l'azione di responsabilità proponibile nei confronti del

---

[1] Cfr. Tribunale di Nola, prima sezione civile, nel giudizio di conto e di responsabilità promosso dalla Curatela del Fallimento XXX S.a.s. di XXX & c., nei confronti del dr. Tizio, già Curatore del Fallimento, in IUS SIT, Sito di informazione giuridica - Italia www.iussit.eu.

[2] Cfr. Cassazione sezione prima 19 gennaio 2000, n. 547; 14 ottobre 1997, n. 10028.

[3] Cfr. Cassazione, sezione prima, 23 gennaio 1985, n. 277.

curatore a norma dell'art. 38 legge fall. Sicché il procedimento contenzioso previsto dall'art. 116 legge fall. non è limitato alla rappresentazione contabile della gestione, ma si estende anche ai comportamenti materiali del curatore.

Tuttavia, quali che debbano essere i discussi rapporti tra contestazione del conto e azione di responsabilità del curatore, non pare si possa dubitare che, ove sia una responsabilità del curatore a giustificare il diniego di approvazione del suo conto di gestione, è necessario accertare in tutti i suoi presupposti la fattispecie di responsabilità, incluso il pregiudizio eventualmente cagionato a tutti o ad alcuno dei creditori.

La decisione impugnata è stata assunta invece nell'erroneo presupposto che, pur quando si addebitino al curatore violazioni dei suoi doveri di gestione, non sia necessario accertare che essi abbiano determinato un effettivo pregiudizio. E va pertanto cassata."

5. La responsabilità amministrativa del curatore fallimentare - Un altro aspetto da valutare attentamente, riferibile sempre al tema della responsabilità è quello relativo all'assoggettabilità dei comportamenti del curatore fallimentare alla giurisdizione del giudice contabile che "*rappresenta con il suo giudizio di responsabilità, una equilibrata ed indefettibile risposta, officiosa ed obbligatoria, a fenomeni patologici, purtroppo sempre presenti all'interno dell'apparato pubblico, ancorché privatizzato*"[1].

Ciò che rende differente la responsabilità amministrativa dall'ordinaria responsabilità civile è, da un lato, la particolare qualificazione del soggetto, autore del danno, che riveste la qualifica di pubblico dipendente o, se estraneo all'amministrazione danneggiata sia comunque legato alla stessa da un rapporto di servizio; dall'altro lato, la causazione del danno deve avvenire nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze connesse da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Già l'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 stabiliva "*i funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni, per azione od omissione imputabili anche a sola colpa e negligenza, cagionino danno allo Stato od altra amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge*

[1] Cfr. V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, Giuffrè editore, Milano, 2004, introduzione.

sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi specialistiche".

Il giudice contabile, da tempo, ha rivendicato la propria giurisdizione nei confronti di quei soggetti, persone fisiche o anche giuridiche (es. banca tesoriere di un Ente pubblico, società concessionaria dei servizi per la riscossione) che, a qualsiasi titolo (volontario, coattivo, onorario od impiegatizio), vengano inserite nell'apparato organizzativo pubblico ed investite, sia autoritativamente che convenzionalmente, dello svolgimento in modo continuativo di una attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da esserne partecipi[1].

Anche la Corte di cassazione ha affermato il principio per cui è sufficiente, a completare tale rapporto, la presenza di una relazione funzionale che indichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli ed agli obblighi, volti ad assicurare la corretta gestione di tali beni.

La giurisprudenza, peraltro, presenta una vasta casistica di figure inserite nella specie del "rapporto di servizio", avallata in tempi recenti anche da sentenze della Corte Costituzionale come quella del 24 ottobre 2001, n. 340. Il riferimento va ai medici privati c.d. di base, legati da apposita convenzione al Servizio sanitario nazionale, o ai direttori ed ai collaudatori di lavori pubblici, oppure ai componenti del SECIT per danni arrecati all'Amministrazione finanziaria, e così via.

Tuttavia, lo stesso concetto di danno erariale si è arricchito, nel tempo, di nuovi contenuti che sono estranei ad una concezione formalistica del diritto ma che racchiudono nozioni proprie della scienza amministrativa quali quelle di efficacia, economicità ed efficienza, con un significato tipicamente organizzativo ed economico, aventi come referente normativo l'art. 1 della legge n. 241/1990 e s.m.i. che trae diretta ispirazione dal precetto di buon andamento dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione.

La dottrina più attenta[2] ha sostenuto che "Il significato del buon andamento si è quindi spostato da quello di andamento formalmente corretto a quello di andamento sostanzialmente buono. L'affermazione esplicita di ciò è contenuta, appunto, nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, secondo cui l'attività amministrativa è retta dai principi generali di economicità e di efficacia, oggi correntemente ritenuti principi di costituzione materiale economica", con la

[1] Cfr. Tenore, op. cit., 46 e ss.

[2] S. Giacchetti, Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La legge n. 205 del 2000 gioca a dadi, alla pag. web http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/art_giacchetti.htm.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

conseguenza che la giurisprudenza è oramai proiettata verso nuove e più sostanziose posizioni che abbandonano la concezione di buon andamento inteso come "comportamento dell'amministrazione non macchiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere".

Nella configurazione del danno, quale limite massimo della sanzione irrogata dal giudice, vi è infine, l'istituto del potere riduttivo che si presenta come lo strumento tecnico per determinarlo in concreto. La Corte costituzionale in particolare con la sentenza n. 340/2001, sopra citata, ha individuato, nel danno effettivamente cagionato, solo uno degli elementi, accanto alla capacità economica del soggetto responsabile, al comportamento e al livello di responsabilità, da tenere presente nel fissare la misura della sanzione attraverso l'esercizio del potere riduttivo.

L'ordinaria responsabilità amministrativo-contabile per danno di tipo risarcitorio, a cui soggiacciono tutti i pubblici dipendenti che cagionino un danno all'erario e che trova la sua unitaria e fondamentale disciplina sostanziale e processuale nelle leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20, come novellate dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, va poi tenuta distinta dalla particolare fattispecie della responsabilità sanzionatoria, configurata dall'art. 30, comma 15 della legge n. 289/2002 con cui si sanziona la potenziale lesione degli equilibri di bilancio e che prescinde dal verificarsi di un danno risarcibile in senso proprio.

"*Peraltro, i due profili (quello sanzionatorio e quello risarcitorio), pur restando divisi, possono tuttavia coesistere, qualora, in conseguenza della violazione del vincolo costituzionale, venga a verificarsi per l'amministrazione pubblica anche un danno patrimonialmente valutabile*"[1].

Non può, oltretutto, ignorarsi la trasformazione che negli ultimi anni ha subito la fisionomia dell'amministrazione pubblica, non più identificabile in quella del passato, che aveva come riferimento il modello classico di atto amministrativo, inteso come atto autoritativo. Il provvedimento amministrativo diventa oggi solo uno dei possibili strumenti che le amministrazioni hanno a disposizione per il perseguimento dei propri fini, poiché ad esso si affiancano moduli procedimentali più vicini al diritto privato: accordi con cui si negozia il contenuto di un provvedimento o che ad esso si sostituiscono.

Peraltro, la stessa giurisprudenza sviluppatasi intorno al concetto di rapporto di servizio sembra proiettata verso un'idea che esalti la sostanza dei fenomeni più che la loro forma, spingendosi fino alla teoria del compartecipe

[1] Cfr. Corte dei conti , Sezioni Riunite in S.G. – sentenza 27 dicembre 2007, n. 12/QM.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

fattivo, anche se privato, dell'attività amministrativa[1].

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione[2], sorto per risolvere specificamente il problema della sottoponibilità delle Società a prevalente capitale pubblico, al controllo della Corte dei conti, ha confermato l'abbandono di un concetto di amministrazione intesa in senso soggettivo, per accogliere una nozione oggettiva, basata sulla funzionalizzazione al pubblico interesse dell'attività svolta.

Ne consegue che per radicare la giurisdizione della Corte dei conti si deve valutare il fine che si intende perseguire: per cui diviene pubblico qualsiasi soggetto anche privato che svolga una attività tesa al soddisfacimento di interessi collettivi; in secondo luogo, va considerata la natura pubblica delle risorse economiche impiegate, dove la pubblicità è data dalla riconducibilità delle medesime al pubblico erario.

La pubblicità delle fonti di finanziamento risponde al disposto degli artt. 100 e 103 Costituzione che affidano alla Corte dei conti il ruolo di garante dell'integrità dei bilanci e del patrimonio economicamente valutabile della collettività, in una società che sempre maggior rilievo rende all'economicizzazione degli interessi.

Per pubblica funzione, al momento, deve intendersi quell'attività anche di diritto privato attribuita nell'interesse della collettività. Tale precisazione diventa allora coerente non solo con la nozione comunitaria di attività tesa al soddisfacimento di un bisogno generale, ma è perfettamente in linea con l'evoluzione che la definizione di amministrazione ha subito nel corso degli ultimi tempi.

In tale ottica, va analizzata la funzione svolta dal curatore fallimentare che, ad un tempo è, sia un libero professionista, sia un compartecipe attivo della pubblica attività, in quanto legato alla pubblica amministrazione, *recte* amministrazione della giustizia, da un rapporto di servizio che lo rende, certamente, assoggettabile alla giurisdizione contabile di responsabilità.

Il curatore fallimentare se da un lato, nello svolgimento della propria attività professionale, vede garantita la propria posizione di indipendenza ed autonomia, dall'altro lato non è sottratto alla osservanza di doveri generali quali quello di diligenza, fedeltà, lealtà, scaturenti dal rapporto di servizio che lo lega all'amministrazione che è la fonte della doverosa esecuzione dell'attività professionale.

Peraltro, la giurisprudenza sia contabile, sia amministrativa, in ipotesi

[1] Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 4/04/1993, n. 4060.

[2] Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 22/12/2003, n. 19667; Cassazione civile Sezioni Unite 26/2/2004, n. 3899.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

analoghe quale quella degli avvocati che operano alle dipendenze di un ente pubblico, ha unanimemente affermato che: "*una volta garantita l'indipendenza professionale, gli appartenenti ai ruoli professionali degli enti pubblici non sono sottratti per il restante profilo del loro rapporto alle limitazioni e ai doveri derivanti dalla loro qualità di dipendenti, in quanto essi, come tali, sono anzitutto inseriti nella struttura organizzativa dell'ente*"[1].

I principi sopra riportati certamente sono applicabili anche alla figura del curatore al quale, non solo viene riconosciuta dall'ordinamento la qualifica di pubblico ufficiale, ma, soprattutto, viene assegnato un ruolo essenziale, rimettendo al soggetto predetto l'amministrazione del patrimonio fallimentare.

Quanto sopra esposto, traspare con evidenza dalla lettura della sentenza della sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lombardia 12 dicembre 2005, n. 733 che ha condannato, in sede di rivalsa, un curatore fallimentare, a risarcire l'amministrazione, in seguito alla condanna subita dallo Stato italiano per violazione del termine ragionevole del processo, a causa di un ritardo eccessivo ed ingiustificabile di un fallimento, protrattosi per oltre vent'anni, ritenuto imputabile alla assoluta inerzia del curatore medesimo[2].

Infatti, l'articolo 5 della legge 24 marzo 2001 n. 89[3], in tema di equa riparazione, nel caso di violazione del termine ragionevole del processo, dispone che il decreto dell'A.G.O. di accoglimento della domanda di una riparazione del danno (patrimoniale o non) subìto per effetto di una violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali *ex lege* 4 agosto 1955, n. 848, sia comunicato al Procuratore Generale della Corte dei conti ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità.

Si è in tale sede affermato che la giurisdizione contabile sussiste, non solo per i danni da ritardo originati da magistrati, ma anche per quelli provocati dagli ausiliari del giudice, quale, appunto, anche il curatore fallimentare che abbia illegittimamente protratto, per anni, una procedura concorsuale, essendo costui legato alla p.a. da rapporto di servizio.

---

[1] Cfr. Consiglio di Stato sezione V, 1° dicembre 1999, n. 2027; Sezione VI, 6 ottobre 1986, n. 70.

[2] Cfr. A. Mingarelli, nota a sentenza Corte dei conti sez. giur. Emilia Romagna, n. 439 del 29 maggio 2007, in Diritto & Diritti – Rivista giuridica *on line*.

[3] La legge 24 marzo 2001 n. 89 (nota come legge Pinto) ha dato attuazione, riguardo alla durata dei procedimenti giudiziari, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, prevedendo un'equa riparazione in favore di chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione del termine ragionevole previsto dall'art. 6, § 1, del Trattato. Infatti, l'art. 6 della Convenzione sancisce i seguenti diritti: equa e pubblica trattazione, entro un termine ragionevole, di ogni controversia su diritti e doveri di carattere civile, o sulla fondatezza di un'accusa penale; giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge; pubblicità della sentenza; presunzione di innocenza; diritto dell'imputato ad essere informato dell'accusa formulata a suo carico; diritto alla difesa ed al gratuito patrocinio in caso di indigenza; diritto all'esame sia dei testimoni a carico che di quelli a discarico; diritto all'assistenza di un interprete.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che qualora vi sia un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, nell'apparato gestionale dell'Istituzione, di un organo tecnico e straordinario della stessa si ha il conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla correlata competenza giurisdizionale della Corte dei conti[1].

In particolare, il soggetto legato all'amministrazione da rapporto di servizio, alla stregua di qualunque pubblico dipendente, deve osservare quegli obblighi che assicurino il più efficace rendimento nella attività svolta, nell'interesse dell'amministrazione e del pubblico bene.

"*Dunque, nell'ottica del rapporto di servizio si colloca anche la figura del curatore fallimentare cui l'Ordinamento, oltre ad attribuire la qualifica di pubblico ufficiale ed a pretendere il possesso di peculiari qualità individuali, conferisce un ruolo essenziale nel dipanarsi della procedura affidandogli l'amministrazione del patrimonio fallimentare*.

L'ampiezza dei poteri attribuitigli lo rende il cardine della gestione sì da consentire la definizione di cooperatore della Giustizia quale organo ausiliare del Giudice. Se a tale soggetto fa difetto l'appartenenza organica alla struttura della Pubblica Istituzione ricorre certamente per l'investito la qualità di compartecipe fattivo dell'attività pubblica (v. Cassazione Civile SS.UU. 5 aprile 1993, n. 4060) e quindi un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, nell'apparato gestionale dell'Istituzione, quale organo tecnico e straordinario della stessa con il conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla correlata competenza giurisdizionale della Corte dei conti"[2].

6. Conclusioni - Da quanto sopra esposto, emerge come la figura del curatore del fallimento sia stata notevolmente rivalutata dalla nuova normativa di riferimento, difatti come è stato attentamente evidenziato, egli diviene "*la mente ed il braccio del procedimento. Al curatore spetta, infatti, definire la strategia di gestione della crisi, che trova espressione documentale nel programma di liquidazione, compiendo scelte e proponendo iniziative fondamentalmente rimesse alla valutazione ed all'autorizzazione del comitato dei creditori e non più – se non in alcune ipotesi – del giudice delegato (art. 31 l. fall.)*"[3].

L'attuale disciplina, tende da un lato, a rappresentare in senso privatistico il momento gestorio della procedura concorsuale conservando al tempo stesso

[1] Cfr. Cassazione Civile SS.UU. 11 aprile 1994, n. 335.
[2] Cfr. Cassazione civile, sezioni unite, 11 aprile 1994, n. 3358.
[3] Cfr. Cassano op. cit. pag. 9.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

le garanzie di regolarità ed efficienza fissate dal coordinamento dell'organo giudiziale e dal suo intervento nella risoluzione dei conflitti interni.

Orbene, è proprio nell'ottica della salvaguardia delle garanzie di cui sopra che il curatore, in applicazione anche del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, assume un ruolo essenziale nello svolgimento della procedura concorsuale per l'amministrazione del patrimonio del soggetto fallito.

Difatti, il soggetto in questione, nello svolgimento delle sue funzioni, deve usare la diligenza che le comuni regole di esercizio della procedura fallimentare gli impongono, regole che, come è noto, scaturiscono dal rapporto di servizio che lo lega all'amministrazione che è la fonte della doverosa esecuzione dell'attività professionale, la cui violazione rientra, certamente nel concetto di denegata giustizia.[1]

Tematica quest'ultima che, allo stato attuale, ha assunto un grandissimo rilievo per il rapporto che ha con il principio del giusto processo, la cui natura immediatamente precettiva è stata, di recente, elevata a rango costituzionale e che certamente trova applicazione anche per la figura del curatore del fallimento.

Il principio della ragionevole durata di ogni processo[2], contenuto nell'art. 111 della Costituzione, fa sì che la stessa legge n. 89 del 2001 goda di una particolare protezione con riferimento alla garanzia di un diritto di rango costituzionale, ossia il diritto riconosciuto ad ogni soggetto all'esame pubblico, imparziale ed in un tempo ragionevole della propria causa, appunto, il diritto alla piena realizzazione della giustizia.

In definitiva, l'istituto del curatore fallimentare, alla luce dell'assoggettamento della legge nazionale agli obblighi internazionali, previsti dal nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, deve sottostare anch'esso a dei precisi obblighi che tendano ad assicurare la ragionevole durata del procedimento, evitando così l'esborso di pubbliche risorse per il susseguente ristoro richiesto in caso di lesione del diritto alla durata ragionevole del processo.

È stato infatti osservato che *"L'equa riparazione non può, cioè, rappresentare un compenso al cittadino per i disagi derivanti dalle disfunzioni del*

---

[1] Cfr. Corte di Cassazione Sez. Unite Civili, sentenza 23 agosto 2007, n. 17916, in riferimento al comportamento tenuto da magistrati che ritardano di depositare le motivazioni dei propri provvedimenti, senza ragionevoli giustificazioni.

[2] Cfr. Ennio Antonio Apicella, Il danno da irragionevole durata del processo. Primi problemi applicativi. *Relazione al «Convegno di studio in occasione del decennale dell'istituzione in Calabria della Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti: un'occasione per riflettere su responsabilità e controllo», organizzato dalla Sezione giurisdizionale, dalla Sezione regionale di controllo e dalla Procura regionale per la Calabria della Corte dei Conti – Catanzaro, 14 e 15 dicembre 2001.in www.Lexitalia.it.*

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

sistema, una sorta di prestazione assistenziale, riconosciuta ex lege *all'utente del servizio e sganciata da qualsiasi serio e reale tentativo di modifica della situazione nella quale ancora oggi versano gli uffici giudiziari"*[1].

Perciò, soltanto attraverso l'effetto dissuasivo della sanzione risarcitoria a carico del curatore del fallimento che, in violazione dei propri doveri, ritarda le procedure di propria competenza sarà possibile contenere in limiti ragionevoli le patologie riguardanti i ritardi del procedimento di cui sopra.

[1] FINOCCHIARO, L'istante deve dimostrare l'esistenza di un danno derivante dall'inefficienza degli apparati giudiziari, in Guida al diritto - Il Sole 24 ore, 1° dicembre 2001 n. 46, 30.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

Il giudizio per la resa del conto di azioni e quote societarie

di Alfonso Tranchino*

La inammissibilità della sottrazione a controlli effettivi ed efficaci di rilevanti fenomeni di gestione patologica di risorse pubbliche, insorgenti nel l'ambito della sempre più variegata congerie di centri di spesa, ha spinto la giurisprudenza della Suprema Corte a riconoscere in proposito la giurisdizione della Corte dei conti.

A tale approdo la Cassazione è giunta privilegiando, quale discrimine tra giudice ordinario e giudice contabile, non più il mero elemento soggettivo dell'agente (pubblico o privato), bensì il concetto di "pecunia pubblica", collegato al perseguimento di fini di utilità generale, nell'ambito di un rapporto di servizio "lato sensu" e, quindi, anche di semplice "relazione funzionale" ed indipendentemente dalla natura privata o pubblica del rapporto medesimo.

In questo senso si sono esplicitamente pronunciate le Sezioni Unite Civili (v. per tutte la nota ordinanza n. 19667 del dicembre 2003) che, in esito ad una lunga rielaborazione giurisprudenziale, hanno dichiarato e ribadito più volte - la giurisdizione del giudice contabile nei confronti non solo degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e società in mano pubblica, ma anche degli amministratori e dipendenti di strutture private (società, associazioni, consorzi, fondazioni) che operino nell'ambito di un rapporto di servizio con le pubbliche amministrazioni, per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali.

Sulla scia dei nuovi criteri di riparto di giurisdizione, la Corte di Cassazione, con ordinanza delle SS.UU. civili n. 7390/07[1], ha fornito - in margine ad un proposto regolamento preventivo di giurisdizione concernente la resa di conto giudiziale su partecipazioni azionarie di una Regione alcune interessanti precisazioni, di seguito riassunte, sulla ammissibilità del giudizio per resa di conto avente per oggetto azioni e quote societarie, nonché sui limiti soggettivi ed oggettivi - di tale giudizio alcune interessanti precisazioni, di seguito riassunte, sulla ammissibilità del giudizio per resa di conto avente per oggetto azioni e quote societarie, nonché sui limiti soggettivi ed oggettivi - di tale giudizio.

1. - Dato che la regola dell'obbligo della resa del conto, e del suo controllo giurisdizionale da parte della Corte dei conti, ha una rigida copertura costituzionale, la Corte deve ritenersi fornita di giurisdizione anche in relazione ai

* Vice Procuratore Generale della Corte dei conti – Procura Generale

[1] In Rivista della Corte dei conti, 2007, n. 2.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

conti aventi ad oggetto azioni e quote societarie, dovendosi disapplicare la norma di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), del D.P.R. 4 settembre 2002 n. 254 (regolamento sulle gestioni dei consegnatari e dei cassieri delle amministrazioni dello Stato), per cui i titoli azionari non sarebbero più considerati beni mobili ai fini della disciplina in materia di contabilità pubblica.

2. - I/azione del Procuratore regionale va esercitata nei confronti dei soggetti che hanno maneggio o custodia dei beni dell'Ente. La individuazione deve avvenire su base normativa, trattandosi di figure organiche tipiche, preposte all'esercizio di una pubblica funzione e non riconducibili a figure privatistiche quali il mandato o la "negotiorum gestio".

3. - Quanto ai limiti oggettivi, il giudizio non può essere limitato al titolo originario nella sua materialità, ma deve riguardare anche le variazioni del valore dei titoli e gli utili o dividendi distribuiti.

Data la netta separazione (v. art. 76 della legge sulla contabilità delle Stato) tra attività di amministrazione e gestione del contabile, che costituisce il momento finale o esecutivo della gestione finanziaria, l'agente contabile non può essere chiamato a rispondere, in sede di giudizio di conto, di atti di esercizio dei diritti dell'azionista o del titolare di partecipazione (quali l'espressione del voto, la stipulazione di patti di sindacato, l'esercizio di un diritto di opzione).

* * *

La pronuncia citata è il risultato di un lodevole sforzo di adeguamento della funzionalità del giudizio di conto alle esigenze imposte da una multiforme dislocazione dei centri di spesa operanti al di fuori della ortodossia dei tradizionali schemi contabili-amministrativi.

Non può tuttavia sottacersi che la Suprema Corte, nell'indicare, quali destinatari del giudizio, coloro che hanno "il maneggio la custodia dei titoli azionari", prospetta, letteralmente, una dicotomia che non appare in linea con il diritto positivo.

Va premesso che l'ordinamento non fornisce una definizione di agente contabile, limitandosi ad indicare (v. art. 74 legge di contabilità dello Stato e 178 del relativo regolamento, applicabili a tutto il settore pubblico in virtù del generale processo estensivo sia giurisprudenziale che normativo) il contenuto delle attività svolte dagli agenti contabili, ossia di coloro che, per dovere d'ufficio o indebita ingerenza, maneggiano o custodiscono denaro, valori o materiali di pertinenza erariale.

In dottrina il "maneggio" è stato inteso come formula riassuntivamente qualificatoria dell'attività dei contabili: esso consiste quindi in un "facere" o

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

un disporre (compimento di atti) e non in una omissione. L'espressione cioè va intesa non nel senso materiale di detenzione di denaro, valori e materie, ma di effettiva disponibilità degli stessi, il che implica, per il titolare della gestione, la concreta possibilità di venirne in possesso per destinarli ed erogarli conformemente alle norme[1].

Sennonché è stato esattamente rilevato[2] che il maneggio non può che riguardare il denaro e non tutti i beni pubblici (così, testualmente, l'art. 74 L. cont. e l'art. 178 del regolamento).

Correttamente quindi la distinzione tra conti a denaro e conti a materie si riporta all'oggetto della competenza degli agenti contabili, i quali possono avere maneggio di denaro pubblico ovvero debito di materie; conseguemente diversa e la struttura dei due conti (vedi, rispettivamente, gli artt. 616 e 626 reg. cit.).

Per quanto riguarda, in particolare, i titoli azionari, sono i consegnatari a dover rendere il conto giudiziale (art. 32, primo comma, reg. cit., in relazione al precedente art. 20, lett. e.) .

Il rilievo della estraneità del ''maneggio" alle attività del consegnatario dei titoli azionari, sgombrando il campo dalle ambiguità connesse ad un uso improprio del termine con riferimento alle partecipazioni societarie, rende più agevole determinare il contenuto del conto giudiziale, che, come puntualizzato dalla Suprema Corte, "non può essere limitato al titolo originario nella sua materialità, ma deve riguardare anche le variazioni del valore delle azioni ed i dividendi distribuiti".

Lo stesso rilievo, poi, rafforza la esattezza della esclusione, dal giudizio di conto, di atti che non rientrano nella disponibilità materiale dei titoli da parte del consegnatario, costituendo espressione della disponibilità giuridica spettante all'azionista (esercizio dei diritti di intervento alle assemblee, di voto, di impugnativa delle delibere assembleari, di ispezione dei libri sociali, di recesso e di opzione).

Tale esclusione non vanifica però la utilità dell'esame del conto: variazioni abnormi del valore delle azioni possono essere infatti la spia di irregolarità gestorie, imputabili ad altri amministratori o funzionar!, da perseguire nella sede del giudizio di responsabilità amministrativa (quest'ultimo, infatti, può ben trovare origine all'esito del giudizio di conto come insegnato dalla Corte costi-

---

[1] O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità* in *Enciclopedia giuridica*, 1989; negli stessi sensi, sostanzialmente. L. SCHIAVELLO, *Processo contabile* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI. 713 e segg.) per il quale il termine "maneggio" indica il profilo esecutivo della gestione, come tale puntualmente soggetta a regole formali legali (regole ragionieristiche canonizzate dalle norme giuridiche).

[2] F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, ed. Giuffrè 1997. 208.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it

tuzionale con la sentenza n. 68 del 1970).

Agevole sarebbe stato, quindi, nel caso di specie sottoposto al giudizio della Cassazione, individuare il soggetto tenuto alla resa del conto nel tesoriere della Regione, al quale è affidata la custodia dei titoli dall'art. 5. comma secondo, della legge regionale n. 15 del 26 agosto 1992 n. 15.

www.contabilita-pubblica.it www.contabilita-pubblica.it