

Corte dei conti - Domanda cautelare introdotta con ricorso ex art. 700 c.p.c. – Difetto assoluto di giurisdizione - Improprietà della domanda cautelare

Sezione giurisdizionale per la regione Campania: ordinanza 7 marzo 2016, n. 63: Rel. Fava – P-M- Capaldo, nel giudizio cautelare *ante causam* sul ricorso, con contestuale invito a dedurre, per l'adozione di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., depositato il 25 gennaio 2016 dalla Procura regionale c/Azienda ospedaliera Santobono di Napoli, Azienda ospedaliera Rummo Di Benevento, Azienda ospedaliera Cardarelli di Napoli, Azienda ospedaliera S. Anna e S. Sebastiano di Caserta, Azienda ospedaliera San Giuseppe Moscati di Avellino, Azienda Ospedaliera Aorn Dei Colli Di Napoli, Azienda sanitaria locale Napoli 3 Sud, Azienda sanitaria locale Benevento, Azienda sanitaria locale Napoli 2 nord, Azienda sanitaria locale Salerno, Azienda sanitaria locale Caserta, Azienda sanitaria locale di Avellino, Università Federico il e la relativa azienda ospedaliera, Seconda università e la relativa azienda ospedaliera, IRCSS, Istituto Nazionale Tumori Fondazione G. Pascale, Regione Campania, Commissario *ad acta* per il piano di rientro del disavanzo sanitario, con intervento *ad opponendum* nella fase cautelare monocratica di taluni degli invitati a dedurre: Prof. Gaetano Manfredi, Dott. Antonio Giordano; intervento *ad adiuvandum* dell'Associazione "Rosaria Lanzetta Buono – O.N.L.U.S." ed altri - Avv.ti Bruno De Maria, Federico Freni, Luigi Rispoli, Gelsomina D'Antonio, Chiara di Biase, Francesco Vecchione, Antonio Postiglione, Vincenzo Pansini, Felice Laudadio, Fiorenzo Liguori, Mario Rosario Spasiano, Maria D'Elia, Raffaele Miele e Vincenzo del Giudice.

FATTO

1. La prospettazione cautelare della Procura regionale.

Con il ricorso *ante causam* in epigrafe (recante contestuale invito a dedurre) la Procura regionale ha chiesto l'adozione di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nei confronti di numerose Aziende sanitarie della Campania, Università, dell'Istituto Pascale, della Regione Campania e del commissario *ad acta* per il piano di rientro del disavanzo sanitario regionale, aventi ad oggetto ordini ingiuntivi di questa Corte con imposizione:

- alle Aziende sanitarie di adeguare gli organici ai parametri fissati dal commissario *ad acta* regionale individuando il numero massimo di unità operative complesse, semplici e semplici dipartimentali, con soppressione immediata delle unità in esubero e interruzione della retribuzione dovuta al personale dirigenziale delle suddette unità in esubero;

- alla Regione Campania e al commissario *ad acta* di controllare e monitorare l'adeguamento da parte delle suddette Aziende sanitarie ai parametri *standards* in tema di numero massimo di unità operative;

- alle Aziende sanitarie universitarie Federico II, Seconda università di Napoli, all'Istituto Pascale e alla Regione Campania di adottare gli atti necessari per addivenire tempestivamente al rinnovo del protocollo di intesa di riferimento, quale passaggio procedimentale necessario e vincolato per la concreta attuazione degli obblighi in tema di riduzione e soppressione delle unità operative in esubero.

Il tutto con assegnazione di un termine per provvedere e nomina di un commissario *ad acta* in caso di inottemperanza.

L'esercizio del potere cautelare contenutisticamente atipico sarebbe collegato, nella prospettazione della Procura regionale, ad un danno erariale (complessivamente ammontante a svariati milioni di euro), contestato a ventinove persone fisiche nella qualità, a seconda delle ipotesi, di direttori generali e/o componenti dei gruppi di lavoro regionali o aziendali finalizzati all'attuazione degli indirizzi regionali e alla vigilanza ed al controllo su tali attività, in relazione ai quali il ricorso *ante causam* ex art. 700 c.p.c. (avente quali parti resistenti le Amministrazioni pretesamente danneggiate) è stato indirizzato quale invito a dedurre.

La richiesta cautelare d'urgenza, "*con finalità specificamente preventivo/inibitoria*", è stata fondata sul "*combinato disposto delle norme di cui agli artt. 26 R.D. 1036/1933, 1, comma 174, l. 266/05 e 700 c.p.c.*", attesa la rilevanza del "*costante aggravamento, progressivo nel tempo, del predetto danno erariale*" (pag. 87 del ricorso).

Secondo la Procura regionale l'ammissibilità dell'art. 700 c.p.c. sarebbe stata affermata dalle Sezioni riunite di questa Corte ("*L'ammissibilità di tale peculiare azione a tutela dell'erario è stata già vagliata e positivamente risolta da questa magistratura contabile in più occasioni (cfr. Corte dei conti SSRR 6/2014)*" pag. 90 del ricorso; "*secondo, infatti, l'interpretazione della richiamata normativa fornita dalla Corte di Strasburgo, il principio di effettività può ritenersi rispettato, tra l'altro, allorquando sia consentita la adozione anche di tutte le misure cautelari idonee ad assicurare con la decisione nel merito tutte le utilità cui si ha titolo in base al diritto sostanziale (cfr. Corte dei conti SSRR 6/14)*"). In realtà, come si avrà modo di evidenziare in seguito, la decisione delle Sezioni riunite menzionata dalla Procura non si occupa dell'art. 700 c.p.c. né contiene alcuna affermazione relativa alla tutela cautelare, avendo la sentenza ad oggetto un ricorso ex art. 243-*quater* d.lgs. 267/2000.

Si è osservato che la misura cautelare propulsiva non impingerebbe nel merito amministrativo, né sarebbe invasiva della discrezionalità delle Amministrazioni resistenti, *"trattandosi, in pratica, di una misura consistente nella adozione di un ordine di facere fungibile nei confronti di una Pubblica amministrazione in un ambito di attività vincolata"* (pag. 91 del ricorso).

2. Le difese delle Amministrazioni danneggiate resistenti.

Le Amministrazioni resistenti, costitutesi quasi tutte nell'imminente inizio della celebrazione dell'udienza cautelare, hanno contestato la fondatezza dell'azione della Procura regionale, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. per difetto di giurisdizione di questa Corte, evidenziando che non compete alla Procura regionale la titolarità di azioni cautelari propulsive, traducendosi ogni ordine giudiziario rivolto alla P.A. nell'imposizione di un *facere* afferente all'esercizio del potere amministrativo.

Sono stati altresì contestati i dati forniti dalla Procura regionale ritenuti erronei e parziali.

Si è poi rappresentato che i procedimenti organizzativi finalizzati al rientro del disavanzo sanitario (ivi compresi i protocolli d'intesa) sarebbero *in itinere* (taluni dei quali persino approvati dalla Regione Campania di recente).

Oltre a contestare l'ammissibilità, la procedibilità, la proponibilità della domanda cautelare è stata, inoltre, evidenziata l'assenza dei presupposti di legge (*fumus boni iuris e periculum in mora*) per la concessione delle misure cautelari invocate.

3. Le difese degli inviati a dedurre interventori ad opponendum.

Analoghe difese sono state spiegate dagli invitati a dedurre costituitisi nella fase cautelare con atti di intervento *ad opponendum*.

Il Prof. Manfredi ha anche sollecitato la Corte a fugare ogni dubbio circa la propria estraneità alla fase cautelare.

4. Le difese degli ulteriori soggetti intervenuti.

L'O.N.L.U.S. "Rosaria Lanzetta Buono" ha chiesto l'integrale accoglimento delle richieste formulate dal pubblico ministero contabile, *"con autorizzazione alla pubblicazione integrale della emananda sentenza statuendo circa la pubblicità dei nomi dei soggetti resistenti in essa contenuti"*.

5. Svolgimento del processo.

Nel corso dell'udienza del 29 febbraio 2016, la Corte, rilevata d'ufficio l'esistenza di numerose questioni pregiudiziali di rito, come tali idonee a definire *"in limine litis"* la presente controversia cautelare, visti gli art. art. 101 Cost., 26 R.D. 1038/1933, 101 c.p.c., 669 sexties, comma 1, c.p.c., ha sottoposto al

contraddittorio delle parti le seguenti questioni:

1. *"inammissibilità degli interventi degli invitati a dedurre e di altri soggetti giuridici estranei al giudizio cautelare ante causam"*;

2. *"improponibilità della domanda cautelare per difetto assoluto di giurisdizione da "usurpazione, invasione o sconfinamento" nell'area dei poteri amministrativi"*;

3. *"ulteriore improponibilità della domanda per assenza di un "giudizio" in senso tecnico attesa l'unisoggettività sostanziale delle parti in causa (la Procura regionale quale sostituto processuale ex lege delle Amministrazioni danneggiate e queste ultime)"*;

4. *"inammissibilità dell'azione cautelare per difetto di giurisdizione derivante dalla carenza di danno alla finanza pubblica attuale, effettivo e concreto in relazione all'assenza di strumentalità rispetto al merito con riguardo alla tutela preventiva ed anticipatoria d'urgenza attivata in relazione a danni futuri, ipotetici ed eventuali, anche per l'eterogeneità delle parti del giudizio cautelare (Procura contra Amministrazioni danneggiate) rispetto a quelle del giudizio di merito (Procura/Amministrazioni danneggiate contra attuali invitati a dedurre/potenziati convenuti)"*;

5. *"difetto di legittimazione passiva atteso che la Procura regionale può agire in favore e non contro né nei confronti delle Amministrazioni pretesamente danneggiate"* (ordinanza a verbale del 29 febbraio 2016).

Attesa l'urgenza che connota la fase cautelare monocratica e la rilevanza di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, unitamente alla novità delle questioni giuridiche poste dal ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla Procura regionale, la Corte ha inteso garantire *maxime* il più ampio dispiegarsi del contraddittorio su tali questioni pregiudiziali di rito, consentendo a tutti i soggetti partecipanti non solo di esprimersi oralmente nell'udienza del 29 dicembre 2016, ma anche assegnando un breve termine per note sino al 3 marzo 2016, ore 12:00, riservandosi la decisione entro il 7 marzo 2016.

Nel corso dell'udienza, è stata rigettata la richiesta orale della Procura regionale finalizzata ad un rinvio per la valutazione delle memorie di costituzione delle Amministrazioni.

La Corte ha rigettato tale richiesta, attesa l'urgenza che connota il procedimento cautelare (che non contempla rinvii nel corso della prima ed unica udienza), autorizzando espressamente la Procura regionale, nelle note da depositarsi entro il 3 marzo 2016, ore 12:00, anche a controdedurre sulle difese spiegate dalle Amministrazioni resistenti (*"Il Giudice anticipa che, con ordinanza a verbale, che sarà letta prima della chiusura della presente"*

udienza, assegnerà, a tutte le parti, onde garantire massimamente il contraddittorio, il termine sino al 3 marzo 2016, ore 12:00, per note sulle questioni preliminari e pregiudiziali evidenziate. Preliminarmente il pubblico ministero chiede un rinvio al fine di valutare le memorie depositate in data odierna. **La Corte rigetta la richiesta di rinvio autorizzando espressamente la Procura regionale a controdedurre nell'ambito delle note da depositarsi entro il giorno 3 marzo 2016"** cfr. verbale dell'udienza del 29 febbraio 2016, pag. 2, trasmesso alla Procura regionale con **nota interna tra Segreterie degli uffici del 1° marzo 2016, n. 3600 – S_CAM-T22-P).**

La **Procura regionale** non ha controdedotto né sulle eccezioni pregiudiziali di rito, né sulle argomentazione difensive spiegate dalle Amministrazioni nelle memorie di costituzione ovvero attraverso la documentazione fatta pervenire.

Dodici Amministrazioni resistenti (A.O.S. Santobono-Pausilipon, A.O. Benevento, A.O. Cardarelli, A.O. Sant'Anna e San Sebastiano, A.O. San Giuseppe Moscati, A.O.R.N. dei Colli Monaldi-Cotugno, A.S.L. Napoli 2 Nord, A.S.L. Caserta, Università degli studi di Napoli "Federico II", Seconda Università degli studi di Napoli; A.O.U. Seconda università degli studi di Napoli, Istituto Nazionale per la Studi e la Cura dei Tumori "Fondazione G. Pascale") ed un **interventore ad opponendum** (Dott. Antonio Giordano) hanno depositato note.

Esaminando complessivamente e sinteticamente la posizione delle **parti resistenti**, deve segnalarsi che le Amministrazioni hanno considerato fondate tutte le eccezioni pregiudiziali di rito rilevate dal Giudice.

Circa l'inammissibilità degli interventi hanno dedotto di non aver ricevuto alcuna notifica.

Hanno invocato la declaratoria di improponibilità per difetto assoluto di giurisdizione in ragione dei poteri amministrativi loro spettanti.

In più hanno condiviso la circostanza che la presente fase cautelare sarebbe stata incardinata dalla Procura regionale nei loro confronti con tecniche inusuali, dando effettivamente luogo ad un rapporto processuale unisoggettivo, con assenza di giudizio in senso tecnico, invocando, in via subordinata, comunque, l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazioni.

Si è poi concluso, sulle eccezioni di rito, evidenziando la carenza di strumentalità dell'invocata misura cautelare rispetto alle statuizioni di merito astrattamente pronunciabili da questa Corte, anche in ragione dell'esistenza di danni futuri, eventuali, ipotetici, nei confronti dei quali la Corte dei conti non risulterebbe titolare di alcun potere giurisdizionale (richiamando puntualmente la

giurisprudenza della Corte regolatrice intervenuta).

L'**interventore ad opponendum**, pur insistendo sull'ammissibilità del proprio atto di costituzione, vantando un interesse diretto, concreto ed attuale a che sia accertata nei propri confronti la regolarità e tempestività dell'adozione dell'atto aziendale dal medesimo sottoscritto nella qualità di direttore generale, si è comunque associato alla declaratoria di improponibilità della domanda per assenza di un giudizio in senso tecnico attesa la unisoggettività sostanziale delle parti in causa.

DIRITTO

1. L'INAMMISSIBILITÀ DEGLI ATTI DI INTERVENTO AD OPPONENDUM DEGLI INVITATI A DEDURRE E DI QUELLO AD ADIUVANDUM DELLA O.N.L.U.S. "ROSARIA LANZETTA BUONO".

1.1. In primo luogo, devono essere dichiarati inammissibili gli atti di costituzione nella presente fase cautelare degli invitati a dedurre ai quali il ricorso ex art. 700 c.p.c. è stato notificato solo quale invito a dedurre, mentre parti formalmente resistenti del giudizio cautelare sono esclusivamente le Pubbliche amministrazioni potenzialmente danneggiate [cfr. in proposito la parte iniziale – pag. 1-5 – e quella conclusiva – pag. 102-112 – del ricorso rubricato, peraltro, "**invito a dedurre con contestuale istanza ex art. 700 c.p.c.**", quest'ultima diretta esclusivamente alle Amministrazioni resistenti nei cui confronti sono state formulate le richieste ingiuntive anticipatorie e propulsive (uniche invitate dalla Procura regionale a comparire all'udienza di discussione ex art. 669-sexties, comma 1, c.p.c. - in proposito cfr. **pagine 107-112 del ricorso**)].

Trattasi sostanzialmente di atti di intervento *ad opponendum* ex art. 47 R.D. 1038/1933 e 105 c.p.c., come tali inammissibili nel giudizio di responsabilità amministrativa, alla luce della più recente giurisprudenza di questa Corte, oramai consolidata, la quale, talvolta, ammette interventi *ad adiuvandum* qualora vi sia un interesse particolare dell'interveniente – soprattutto l'Amministrazione danneggiata - a sostenere l'azione del pubblico ministero (C. conti, sez. II app., 1° marzo 2013, n. 130/A; sez. II app., 29 luglio 2013, n. 498; sez. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1; sez. app. I, 25 febbraio 2008, n. 103/A; sez. Lazio, 16 ottobre 2007, n. 1526; sez. Lombardia, 27 dicembre 2007, n. 750; sez. Abruzzo, 26 giugno 2007, n. 595; sez. Abruzzo, 24 gennaio 2005, n. 97), dichiarando, invece, l'inammissibilità di quelli *ad opponendum* (sez. II app., 16 marzo 2000, n. 87/A "*nel processo per responsabilità, l'amministrazione danneggiata non si configura come terzo rispetto all'azione proposta dal procuratore regionale, sussistendo una unicità ed identità di pretesa risarcitoria, la cui azionabilità si esaurisce con l'azione proposta per legge dal menzionato organo, con la conseguenza che l'amministrazione*

*esaurisce il suo potere d'azione nella denuncia al p.m. presso la Corte dei conti e nell'eventuale possibilità di intervento adesivo dipendente (non ad adiuvandum o ad opponendum)"; sez. Lombardia, 29 dicembre 1994, n. 478; sez II app., 27 aprile 1993, n. 106; sez. II, 13 novembre 1992, n. 250; sez. Molise 16 novembre 2015, n. 76), essendo oramai *jus receptum* il superamento dei principi posti da due risalenti decisioni delle Sezioni riunite che ammisero sia l'intervento *ad opponendum* che *ad adiuvandum* **ma della sola Amministrazione danneggiata** (C. conti., sez. riun., 20 maggio 1983, n. 336/A e sez. riun., 29 ottobre 1981, n. 290).*

In ogni caso gli interventi sono inammissibili per carenza di notifica (giurisprudenza costante sin da C. conti., sez. I, 22 gennaio 1982, n. 10), giusta il disposto dell'art. 47 R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, il quale prevede che l'atto di intervento debba essere preventivamente notificato a tutte le parti del giudizio.

1.2. Alla luce dei predetti principi deve, altresì, essere dichiarato inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* dell'Associazione che, richiamando i propri scopi statutari, ha invocato l'interesse dell'utenza a fruire di un servizio sanitario efficiente e ben gestito a tutela "*dei diritti civili dei soggetti svantaggiati e malati, della salute*" e onde "*promuovere la sicurezza sanitaria*". Secondo l'Associazione, l'azione della Procura regionale, finalizzata alla riduzione delle strutture in esubero, con interruzione delle retribuzioni dei dirigenti, si risolverebbe in favore dell'utenza. In realtà, l'Associazione non considera, invece, che i tagli alla sanità e la riduzione delle strutture determinano un pregiudizio e non un vantaggio per l'utenza. E' noto, difatti, che le politiche di *spending review* attuano una contrazione del livello di assistenza sanitaria e non un suo innalzamento. L'azione della Procura regionale, nel concreto, non è finalizzata all'innalzamento del livello di efficienza sanitaria, bensì ad assicurare il rispetto degli *standard* e parametri onde ridurre la spesa pubblica. Quindi l'intervento *ad adiuvandum* dell'Associazione si risolve in danno e non a vantaggio dell'utenza sanitaria (come evidenziato dal legale nel corso dell'udienza del 29 febbraio 2016, l'Associazione ha avuto **notizia del processo dalla stampa** e dunque, probabilmente, sono state fraintese le autentiche finalità e ricadute concrete dell'azione della Procura regionale). Alla luce di queste considerazioni appare evidente che l'Associazione ha agito in conflitto con i propri interessi, atteso che l'azione della Procura regionale, finalizzata al rispetto delle strette regole della *spending review*, aggravate dai vincoli del piano di rientro del disavanzo sanitario, non ha per obiettivo l'innalzamento del livello della spesa pubblica sanitaria in favore dell'utenza, bensì, all'opposto, una sua contrazione (l'utenza, difatti, avrà a disposizione meno medici e

strutture). In ogni caso, il taglio delle retribuzioni dei dirigenti richiesto dalla Procura con i provvedimenti propulsivi *ante causam* non determina immediatamente un vantaggio per l'utenza perché, contrariamente a quanto prospettato dall'Associazione, tali risorse non verranno destinate all'utenza, ma saranno meramente tagliate e soppresse.

In ogni caso l'intervento dell'Associazione è inammissibile per carenza di notifica (giurisprudenza costante sin da C. conti., sez. I, 22 gennaio 1982, n. 10), giusta il disposto dell'art. 47 R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, il quale prevede che l'atto di intervento debba essere preventivamente notificato a tutte le parti del giudizio.

2. L'IMPROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA CAUTELARE PER DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE PER USURPAZIONE, INVASIONE E SCONFINAMENTO NELL'AREA DI POTERE RISERVATA EX LEGE ALL'AMMINISTRAZIONE.

2.1. In secondo luogo, deve essere, sempre preliminarmente, valutata la questione di giurisdizione relativa all'esistenza di un potere della Corte dei conti di ordinare, ex art. 700 c.p.c., alla Pubblica Amministrazione pretesamente danneggiata da una asserita condotta gravemente omissiva dei propri dipendenti, il compimento delle attività consistenti, nella specie, nella riorganizzazione delle strutture amministrative e del personale nel quadro del piano di rientro del disavanzo sanitario attraverso la comparazione dell'interesse finanziario alla riduzione della spesa pubblica con quello dell'utenza sanitaria (sull'essenzialità e necessarietà *ante omnia* del giudizio sulla questione di giurisdizione, da ultimo, Cass., sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29; il giudice, in ogni caso, "*deve accertare la giurisdizione, ma non può attribuirselo*" Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207; la Corte regolatrice, peraltro, ha già sancito che la Corte dei conti, in sede giurisdizionale, non risulta titolare di poteri di *prevenzione* del danno erariale: "*né d'altra parte alla Corte dei conti in sede giurisdizionale è affidato il compito di prevenire danni erariali non ancora prodotti*" Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092).

Sinteticamente può anticiparsi che, anche a voler intravedere nell'atto aziendale l'esercizio di un potere privatistico, questa Corte non ha alcun potere di ordine, nei confronti dell'Amministrazione, finalizzato a stimolarlo, orientarlo o promuoverlo (anche in ragione delle attribuzioni amministrative di stimolo, vigilanza e controllo spettanti alla Regione Campania).

2.2. Dalla documentazione versata in atti emerge, infatti, che, con ***decreto del commissario ad acta per il piano di rientro del disavanzo sanitario della Regione Campania del 18 febbraio 2013, n. 18***, avente ad oggetto "*approvazione di*

atto di **indirizzo** per l'adozione dell'atto aziendale delle Aziende sanitarie", si sono fissati, a livello regionale, **parametri standard generali**, avendo riguardo al numero complessivo di posti letto (per gli Ospedali) e di abitanti (per le articolazioni non ospedaliere quali distretti e uffici centrali), ed in particolare, per quanto di interesse:

- 17,5 posti letto per struttura complessa in ambito ospedaliero (parametro n. 1);
- 13.515 residenti per struttura complessa in ambito territoriale (parametro 2);
- 1,31 strutture semplici per struttura complessa sia in ambito ospedaliero che territoriale (parametro 3)

I presupposti dell'attività commissariale si rinvencono, tra l'altro, nella **nota del 17 luglio 2012 del direttore generale della programmazione sanitaria del Ministero della Salute** (che, nel chiarire che "lo standard 17,5 posti letto per struttura complessa è da intendersi a livello regionale", ha precisato che "ogni regione, nell'ambito della propria autonomia gestionale e organizzativa, potrà emanare direttive, fermo restando l'obiettivo del raggiungimento di tali standard su scala regionale, articolando i parametri regionali anche in funzione delle riconosciute e documentate specificità tecnico-assistenziali, ovvero tecnico scientifiche delle rispettive aziende o enti del SSN, che svolgono attività di alta specializzazione o di ricerca transnazionale, attività didattiche e formative, cui la regione intende assegnare un particolare ruolo di rilevanza nazionale ed internazionale") e nella **delibera del 26 marzo 2012 del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza** in condizioni di appropriatezza ed efficacia di cui all'art. 9 dell'Intesa Stato – Regioni del 23 marzo 2005 [che ha fissato i parametri standard per l'individuazione delle strutture semplici e complesse del SSN, così come previsto dall'art. 12, comma 1, lett. b, del patto per la salute 2010-2012: 17,5 posti letto per struttura complessa in ambito ospedaliero (parametro n. 1); 13.515 residenti per struttura complessa in ambito territoriale (parametro 2); 1,31 strutture semplici per struttura complessa sia in ambito ospedaliero che territoriale (parametro 3)]. Nella deliberazione del Comitato permanente approvata il 26 marzo 2012 è stato, altresì, precisato che le Regioni che avessero sottoscritto un accordo per il piano di rientro del disavanzo sanitario sarebbero state tenute ad emanare apposite **direttive** finalizzate ad **indirizzare** l'adozione, da parte delle aziende sanitarie, di specifici provvedimenti di riorganizzazione aziendale al fine di contenere il numero di strutture semplici e complesse entro i limiti previsti dai predetti standard, fermi restando i vincoli finanziari ed organizzativi previsti per il personale dai rispettivi piani di rientro e/o programmi

operativi.

L'**atto di indirizzo regionale** del 25 febbraio 2013, n. 12, ha **natura giuridica discrezionale organizzatoria, programmatica ed orientativa**.

I contenuti dell'atto sono conformi ed allineati all'espressa autoqualificazione ("*atto di indirizzo*").

Il punto 3 della Sezione I dell'atto di indirizzo del 2013 stabilisce la finalità dell'atto: "*con il presente atto si intende fornire alle Aziende sanitarie della Regione Campania specifici indirizzi per l'adozione dei propri atti aziendali, al fine di garantire sia un'organizzazione aziendale coerente e funzionale al perseguimento degli obiettivi di programmazione regionale, anche in relazione ai vincoli propri del piano di rientro, sia uniformità di comportamenti e omogeneità di azioni nonché parità di trattamento per il personale*".

Il Punto 11 della Sezione III dell'atto di indirizzo del 2013, circa i poteri di adozione e verifica degli atti aziendali, dispone che "*l'atto aziendale è adottato dal Direttore generale con proprio provvedimento, previo parere del collegio di direzione nella sua attuale composizione, informati preventivamente e sentiti il comitato di rappresentanza dei sindaci, il consiglio dei sanitari e le organizzazioni sindacali. Il commissario ad acta per il piano di rientro effettua, per il tramite degli uffici regionali all'uopo predisposti, la verifica della conformità dell'atto aziendale al presente atto di indirizzo e alle linee di programmazione regionale. Qualora il commissario ad acta per il piano di rientro rilevi la mancanza di conformità dell'atto aziendale alle presenti linee di indirizzo e alle linee di programmazione regionale, rinvia l'atto medesimo al direttore generale per i necessari adeguamenti*".

Il punto 12.2. della Sezione IV, in relazione ai poteri del direttore generale, prevede che: "*rimangono di esclusiva competenza del direttore generale le funzioni di alta amministrazione (cioè quelle più propriamente "di governo"), mentre sono delegabili ai vari livelli della dirigenza le funzioni di carattere gestionale, attraverso le quali si esplica l'autonomia funzionale delle articolazioni organizzative dell'azienda*", fissando, in ogni caso la competenza del direttore generale in relazione agli atti di "*nomina e revoca dei responsabili delle strutture operative dell'azienda*" (su tale ultimo aspetto cfr., altresì, il punto 15.1 della Sezione V).

Con successivo **decreto commissariale del 24 aprile 2013, n. 34**, è stato differito al **10 giugno 2013** il termine per l'invio degli atti aziendali alla struttura commissariale nominando un gruppo di lavoro per la valutazione di tali atti (statuendo che l'attività dei componenti di tale gruppo non sarebbe stata remunerata in quanto **a titolo gratuito**).

Ciò premesso, è di palmare evidenza che, contrariamente a quanto prospettato dalla Procura regionale, l'attività delle Aziende sanitarie locali, ospedaliere e universitarie, successiva all'atto di indirizzo e programmazione regionale, **non ha affatto natura strettamente esecutiva e vincolata**.

Le aziende, difatti, a seguito dell'atto di indirizzo regionale sono tenute a porre in essere, nella loro **autonomia gestionale**, atti di **organizzazione aziendale di carattere discrezionale** dovendo, pur nel rispetto dei parametri standard regionali, contemperare tutti gli interessi presenti: l'interesse ad una finanza pubblica sana dovrà essere messo a confronto con quello della collettività degli utenti del servizio sanitario (che, a fronte dell'oneroso carico fiscale, hanno diritto ad un livello adeguato di assistenza sanitaria).

Del resto la stessa nota programmatica del Ministero della Salute evidenzia che in materia sanitaria i parametri e costi *standard* non possono avere una portata assoluta, dovendosi anche considerare le specifiche esigenze della ricerca scientifica e della prevenzione e cura delle malattie rare.

Come pure non si può omettere di rilevare che il diritto alla salute e alle cure mediche non può essere appannaggio esclusivo delle grandi collettività cittadine, dovendosi assicurare adeguati presidi anche nei territori periferici.

Tali delicatissime valutazioni, avendo ad oggetto **interessi sensibili della persona umana** [salvaguardati dalla Costituzione (art. 2 e 32), dalla Convenzione EDU (art. 2 e 8), dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 6, 9, 36, 153, par. 1, lette. a), 169, par.1,), dalla Carta europea dei diritti di Strasburgo del 2007 (ex Carte di Nizza 2000) o dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 32, par. 2, 35), nonché da una innumerevole serie di convenzioni internazionali tra cui spicca il patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 1966 (art. 12)], possono, solo tendenzialmente, essere guidate da parametri numerici, la cui concreta applicazione non può non passare attraverso scelte amministrative sanitarie di natura organizzatoria, come tali essenzialmente discrezionali.

La natura giuridica del complesso procedimento finalizzato alla identificazione delle strutture da riorganizzare, con immediata soppressione dei relativi organici dirigenziali, che, in relazione alle Aziende universitarie e all'Istituto Pascale, viene ulteriormente aggravata dall'esistenza di una disciplina speciale a tutela dell'autonomia riconosciuta, non è di agevole identificazione in considerazione dell'intreccio inestricabile di atti regionali e aziendali (punto 11 della Sezione III dell'atto di indirizzo del 2013). Il **minimo comune denominatore**, comunque, è

rappresentato dalla **natura organizzatoria** dei medesimi che, nel concreto, è ontologicamente in frizione con ogni qualificazione in termini di esercizio di attività vincolata. L'atto aziendale, anche a voler dare prevalenza alla intervenuta privatizzazione della gestione sanitaria, è comunque un atto discrezionale rimesso alle funzioni di alta amministrazione (punto 12.2. della Sezione IV dell'atto di indirizzo del 2013) del direttore generale. A livello di teoria generale del diritto, difatti, il concetto di discrezionalità si ritrova anche in relazione all'esercizio dei poteri privati (anche se qui si preferisce parlare di "autonomia" e libertà), dove la Corte di cassazione, anche a Sezioni unite (Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688), ha fatto spesso uso in passato del concetto di interesse legittimo in diritto privato (ad esempio riferendosi al potere del datore di lavoro).

Pertanto, alla luce delle argomentazioni giuridiche di seguito rassegnate, anche a voler intravedere nell'atto aziendale una natura giuridica privatistica, questa Corte non ha, comunque, alcun potere di ordine finalizzato a stimolarne l'adozione anche in ragione dell'esistenza di poteri regionali di controllo e vigilanza (ferme le specificità che caratterizzano le realtà delle aziende universitarie e dell'Istituto Pascale).

2.3. Fatte queste precisazioni può passarsi all'esame delle questioni pregiudiziali di rito e, prima fra tutte, quella di **improponibilità della domanda cautelare per difetto assoluto di giurisdizione derivante dalla usurpazione, invasione, e sconfinamento nell'area dei poteri amministrativi.**

In proposito non può non evidenziarsi che la giurisdizione di questa Corte, nella materia della contabilità pubblica di cui all'art. 103 Cost. e con specifico riguardo ai giudizi di responsabilità amministrativa, è solo "*tendenzialmente generale*", presupponendo necessariamente una "*interpositio legislatoris*" che costituisce anche "*il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei conti [...] non essendo [quest'ultima], in ogni caso, il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela dei danni pubblici*" (C. cost., 30 dicembre 1987, n. 641 e C. cost. 15 dicembre 2010, n. 335, rispettivamente in materia di danno ambientale e all'immagine; sostanzialmente in termini, da ultimo, C. conti, 19 marzo 2015, n. 8/2015/QM, che ha escluso ogni estensione della risarcibilità del danno all'immagine in relazione ai reati comuni e C. conti, sez. riun., 26 marzo 2014, n. 6, pronunciate sulle nuove attribuzioni ex art. 243-*quater*, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, da esercitarsi dalle Sezioni riunite in speciale composizione, su ricorsi aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere delle Sezioni regionali del controllo di diffida degli enti locali ad attivare la procedura di dichiarazione dello stato di

dissesto finanziario).

Su tali basi, non esistendo alcuna norma che attribuisca alla giurisdizione della Corte dei conti controversie cautelari a contenuto anticipatorio e propulsivo del tipo di quelle attivate dalla Procura regionale direttamente nei confronti delle Pubbliche amministrazioni che si assume essere state danneggiate dalla condotta omissiva degli invitati a dedurre, non può che dichiararsi, per le ragioni che saranno di seguito esposte, non solo il difetto di giurisdizione di questa Corte, ma, in radice, l'improponibilità della spiegata azione cautelare per difetto assoluto di giurisdizione, non potendo l'utilità cautelare invocata essere concessa da alcun plesso magistratuale italiano, traducendosi nella sostituzione del Giudice all'Amministrazione nell'esercizio dei poteri alla stessa attribuiti dal Legislatore, con ingresso del giudicante nell'area di competenza esclusiva riservata alla P.A., in violazione dei principi generali dell'ordinamento su cui si fonda l'attuale sistema istituzionale tripartito dei poteri.

2.4. Anticipando sinteticamente le conclusioni cui si giungerà si ritiene che il ricorso cautelare in epigrafe sia improponibile per difetto assoluto di giurisdizione perchè:

- l'istanza ex art. 700 c.p.c. avanzata dalla Procura regionale contro le Amministrazioni asseritamente danneggiate, onde sollecitare provvedimenti ingiuntivi anticipatori e propulsivi di questa Corte, non è stata incardinata in un "giudizio" in senso tecnico attesa la carenza di trilateralità nella presente fase cautelare;

- questa Corte non ha alcun potere giurisdizionale di ordinare alcunché all'Amministrazione danneggiata per la quale agisce la Procura regionale (come pure alcuna ingiunzione ad un *facere* specifico può essere adottata nei confronti degli invitati a dedurre potenzialmente convenibili nel giudizio di merito), indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla natura giuridica vincolata o discrezionale del potere di cui risulta titolare, in via esclusiva, l'Amministrazione, alla quale la Corte dei conti non può mai sostituirsi (a differenza della magistratura amministrativa nell'esercizio delle tipiche, tassative ed eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito), nemmeno per perseguire l'ammaliante obiettivo della rimozione alla fonte o del non aggravamento dell'*accertando* pregiudizio alla finanza pubblica.

2.5. La questione dell'utilizzabilità, nell'ambito della giurisdizione di responsabilità assegnata a questa Corte, dell'art. 700 c.p.c., quale tecnica di tutela anticipatoria e preventiva contro la produzione e l'aggravamento dei danni alla finanza pubblica, è assolutamente nuova.

Nella storia ultracentenaria della Corte dei conti i primi ed unici ricorsi cautelari d'urgenza atipici sono stati richiesti dalla

Procura regionale per la Campania negli ultimi anni.

Superando l'originaria posizione di chiusura tradizionale (in precedenza, per quanto è dato conoscere, anche a seguito della consultazione degli archivi storici della Corte, nessuna Procura regionale aveva mai proposto un ricorso ex art. 700 c.p.c. nei confronti di un'Amministrazione danneggiata), la Sezione regionale per la Campania, negli ultimi anni, in due casi isolati ed unici, ha ammesso l'esperibilità dell'art. 700 c.p.c. nell'ambito del giudizio di responsabilità amministrativa (ordinanza collegiale del 20 gennaio 2012, n. 23, di conferma dell'ordinanza monocratica di accoglimento del 20 luglio 2011, n. 146; ordinanza di rigetto del 19 dicembre 2013, n. 545), senza, tuttavia, affrontare *ex professo* né la questione dell'improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione, né investigare *funditus* sulle anomale ricadute processuali emergenti in siffatti giudizi cautelari.

In precedenza una parte della giurisprudenza di questa Corte aveva mostrato segni di apertura all'art. 700 c.p.c. esclusivamente nell'ambito dei giudizi ad istanza di parte (sez. giur. Sicilia, ord. 22 aprile 1987, n. 353, con riguardo al giudizio in materia di aggio esattoriale; sez. giur. Lombardia, sent. 27 novembre 2000, n. 1560, in relazione al ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso da un dipendente destinatario di un fermo amministrativo; sez. Trentino Alto Adige, sent. 28 maggio 2001, n. 162, nell'ambito di un giudizio ad istanza di parte teso ad ottenere un accertamento negativo della propria responsabilità, aveva escluso la possibilità di sospendere ex art. 700 c.p.c. i provvedimenti dell'Amministrazione di appartenenza intimanti la refusione degli emolumenti indebitamente corrisposti) e di quelli pensionistici (sez. giur. II, ord. 26 settembre 1992, n. 292188 e sez. giur. Sicilia, ord. 16 settembre 1989, n. 66, ma poi *contra* Sezioni riunite 7 ottobre 1997, n. 38, che confermando il proprio precedente orientamento – sez. riun., 3 maggio 1989, n. 81/C – hanno sancito l'impossibilità di applicare direttamente l'art. 700 c.p.c. nell'ambito del giudizio pensionistico).

Si tratta, tuttavia, di **giudizi assolutamente diversi da quello in esame** nei quali l'istanza cautelare era stata proposta non dalla Procura regionale, né tampoco dalla stessa direttamente nei confronti dell'Amministrazione danneggiata (come si vedrà in seguito tale situazione dà luogo ad un inammissibile "**PROCESSO CON SE STESSO**" "**A PARTE SOSTANZIALMENTE UNICA**").

Nonostante l'apparente meritevolezza dell'obiettivo perseguito dalla Procura regionale, teso a rimuovere in radice le fonti del pregiudizio erariale (allo stato, tuttavia, non certo ma meramente affermato) o a ridurre le conseguenze dannose, attraverso l'eliminazione di danni futuri, ipotetici ed eventuali (nel prosieguo saranno evidenziate le ragioni di interesse pubblico per

le quali tale obiettivo non può essere conseguito attraverso ordini preventivi e propulsivi di questa Corte che si trasformerebbe in un amministratore straordinario o "di sostegno"), l'indirizzo di questa Sezione da ultimo citato, favorevole all'esperimento dell'art. 700 c.p.c. da parte della Procura regionale nei confronti delle Amministrazioni, al fine di ingiungere alle P.A. danneggiate obblighi positivi comportamentali di fare, solleva numerosi profili di criticità dal punto di vista giuridico ma anche istituzionale, dal cui esame consegue ineluttabilmente la statuizione di improponibilità della domanda cautelare ex art. 700 c.p.c. per difetto assoluto di giurisdizione.

2.6. La Corte dei conti, nell'ambito del giudizio di responsabilità, non può ordinare alcunché all'Amministrazione danneggiata, né agli invitati a dedurre (potenzialmente convenibili nel giudizio di responsabilità) quali organi titolari del potere.

Il giudizio di responsabilità, in cui sono parti la Procura regionale (che agisce quale **speciale sostituto processuale ex lege** dell'Amministrazione danneggiata) e i convenuti cui si contesta una condotta dannosa gravemente colposa, è finalizzato alla condanna dei pubblici funzionari al pagamento del danno arrecato.

La possibilità conferita alla Procura regionale dalla legislazione più recente (art. 1, comma 174, legge 266/2005) di esercitare tutti i mezzi di garanzia patrimoniale contemplati dal Codice civile (azione surrogatoria, revocatoria e sequestro conservativo) deve essere circoscritta a quelli finalizzati alla tutela del credito erariale e non può estendersi anche a provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio, ingiuntivo e propulsivo, traducendosi questi ultimi nell'esercizio del potere amministrativo di spettanza esclusiva della P.A. [sulla stessa linea la **Sezione giurisdizionale per la regione Lazio, con sentenza del 10 febbraio 2010, n. 245**, ha escluso che l'art 1, comma 174, legge 266/2005 possa fondare la giurisdizione di questa Corte sulle azioni di nullità contrattuali, pur se preordinate alla tutela del credito erariale; in precedenza anche le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano **perorato una lettura restrittiva e letterale del menzionato comma 174 (Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092)**].

L'Amministrazione, peraltro, è parte danneggiata rappresentata *ex lege* dalla Procura regionale attraverso un particolare meccanismo di *speciale* sostituzione processuale straordinaria e, dunque, non può essere destinataria di ordini ingiuntivi di questa Corte su impulso della Procura regionale, dovendo agire quest'ultima in favore e non contro la Pubblica amministrazione.

L'eliminazione del danno erariale alla fonte, non può

giustificare, in **mancaza di espressa base normativa**, l'imposizione giudiziale all'Amministrazione di un'azione preventiva positiva, da identificarsi dalla Corte dei conti o da un nominando commissario *ad acta*, **pena la violazione del principio di separazione dei poteri** e lo **sconfinamento del provvedimento giurisdizionale nell'area amministrativa**.

Tali criticità, sussistenti anche in relazione all'esercizio di poteri amministrativi autoritativi vincolati o privatistici non autoritativi, sono destinate ad aggravarsi in relazione all'attività discrezionale amministrativa, specie se di carattere organizzatorio. Ove l'Amministrazione debba temperare gli interessi in conflitto, ad esempio identificando concretamente strutture sanitarie in esubero rispetto a parametri predeterminati, anche attraverso l'accorpamento di quelle esistenti, accanto all'interesse finanziario alla riduzione della spesa pubblica devono tenersi in adeguata considerazione i diritti soggettivi, di rilievo costituzionale, dell'utenza e della persona umana. Tale potere non può essere esercitato dalla magistratura concretandosi in un'attività infungibile riservata all'Amministrazione.

2.7. Il principio generale della necessità che la giurisdizione della Corte dei conti si fondi sui **danni alla finanza pubblica attuali e presenti**, i quali costituiscono al contempo elemento costitutivo dell'illecito contabile e presupposto della giurisdizione contabile di responsabilità, non può essere messo in crisi dal fascino ammaliante di un'azione preventiva con finalità anticipatorie e propulsive che vada a rimuovere alla radice le cause del pregiudizio erariale ovvero ad escludere l'aggravamento delle conseguenze dannose.

Le posizioni più tradizionali della giurisprudenza contabile sono arroccate su statuizioni di inammissibilità di ogni azione di responsabilità fondata su danni ipotetici, futuri ed eventuali in considerazione della carenza di giurisdizione che ne risulterebbe. L'orientamento progressista, invece, ritiene che dovrebbe trattarsi di una valutazione che impinge nel merito del giudizio, con conseguenziale infondatezza dell'azione. Qualunque sia la tesi corretta, l'esistenza di un danno alla finanza pubblica è comunque un elemento insopprimibile nell'ambito del giudizio di responsabilità finalizzato ad una statuizione di merito di accoglimento o rigetto dell'azione risarcitoria pubblicistica.

La finalizzazione dell'azione della Procura regionale alla condanna dei convenuti, in mancanza di un'espressa previsione di legge che attribuisca specificamente tali poteri cautelari anticipatori e propulsivi alla Corte dei conti, si pone in insanabile conflitto logico-giuridico con un'azione preventiva d'urgenza tendente ad eliminare o ridurre il danno alla finanza pubblica. Secondo tale visione, favorevole ad una tutela preventiva della

finanza pubblica, che si muove in una prospettiva *praeter legem* e *de iure condendo*, stante l'assenza di una chiara base normativa (che non può di certo essere costituita dal combinato disposto degli art. 26 R.D. 1038/1933-700 c.p.c.-1, comma 174, legge 266/2005), la Corte dei conti dovrebbe imporre, in via cautelare, sulla base di una cognizione sommaria, ordini d'urgenza aventi per oggetto e quale contenuto un *facere* concretantesi nell'esercizio di un potere amministrativo, con imposizione giudiziale all'Amministrazione di un'azione amministrativa specifica o di un orientamento vincolante nel dispiegarsi della funzione pubblica o dell'attività privatistica della P.A.

Si tratta di una **prospettiva inaccettabile, pericolosa e da evitarsi** in quanto si incrinerebbe il fondamentale principio della tripartizione dei poteri di illuministica memoria.

Tali criticità non sono state tenute in adeguata considerazione dall'orientamento di questa Sezione regionale dinanzi citato che, invece, facendo leva su norme di carattere essenzialmente processuale (l'art 26 R.D. 1038/1933 che, peraltro, rinvia alle norme del Codice di rito nei limiti della compatibilità) e riferibili a rimedi di salvaguardia della garanzia patrimoniale generica (art. 1, comma 174, legge 266/2005), ha perorato un'interpretazione estensiva dei poteri di questa Corte, ammettendo provvedimenti ordinatori ed ingiuntivi innominati ed atipici ex art. 700 c.p.c. nei confronti dell'Amministrazione danneggiata su istanza della Procura regionale.

2.8. Tale opzione ermeneutica produrrebbe, nella fase cautelare, l'*absurdum* processuale di un **giudizio "a parte sostanzialmente unica"** ovvero sia un **"processo (della Procura/Amministrazione) con se stessa"** o **"giudizio unisoggettivo ed unipersonale"** (dal punto di vista della **SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA DI DIRITTO SOSTANZIALE ATTIVATA: DIRITTO DI CREDITO SPECIALE AL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA FINANZA PUBBLICA**).

In questo *monstrum* giuridico processuale, incompatibile con i principi costituzionali e convenzionali EDU del giusto processo, l'Amministrazione danneggiata (per la quale agisce la Procura con l'azione di responsabilità amministrativa cui sarebbero strumentali i provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.), sarebbe sostanzialmente sia parte ricorrente (la Procura regionale, difatti, agisce non in proprio ma a tutela dell'Amministrazione danneggiata) sia parte resistente (subendo i provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. e dovendosi autonomamente costituire in giudizio nella fase cautelare con spese legali a proprio carico).

Sulla **speciale posizione istituzionale del Pubblico ministero contabile**, non riducibile ad un mero sostituto processuale ordinario della P.A., sono intervenute, a più riprese, le

Sezioni riunite di questa Corte evidenziando che *"il titolare del diritto (amministrazione danneggiata) è privato dal legislatore della competenza ad esercitare la corrispondente azione risarcitoria"* (**sez. riun., 20 marzo 2003, n. 6/2003/QM**), che *"il procuratore regionale, nel proporre l'azione di responsabilità, esercita un potere di natura sostanziale, in quanto, essendo preclusa all'amministrazione titolare del diritto l'iniziativa processuale, persegue la realizzazione della pretesa risarcitoria come unico soggetto abilitato ad esprimere la volontà autonoma di adire il giudice per conseguire tale realizzazione"* (**sez. riun., 20 marzo 2003, n. 6/2003/QM**) e che il pubblico ministero contabile è *"titolare ex lege dell'azione proposta a tutela del diritto lesa"* di cui *"la P.A. è titolare [sostanziale]"* (**sez. riun., 20 dicembre 2000, n. 14/2000/QM**).

Né tale unisoggettività sostanziale di imputazioni giuridiche potrebbe essere superata attraverso il riferimento dell'ordine giudiziale ai funzionari amministrativi (***soluzione invocata dalla Procura regionale e sostenuta dal richiamato orientamento di questa Sezione***), i quali, secondo le note ***teorie organicistiche***, non sono altro che la stessa Pubblica amministrazione.

Costituisce principio fondamentale dell'organizzazione amministrativa, unanimemente affermato in dottrina e condiviso dalla giurisprudenza costituzionale, civile, penale, amministrativa e contabile, quello secondo il quale, a livello di imputazioni formali, il pubblico funzionario, nella qualità di organo dell'Amministrazione, non è un soggetto giuridico diverso dalla prima. Del resto la Corte dei conti non è comunque titolare di poteri ordinatori tendenti all'imposizione di condotte, comportamenti o azioni (in relazione all'esercizio del potere pubblico), né nei confronti delle Amministrazioni danneggiate per le quali agisce la Procura regionale, né con riguardo alle persone fisiche convenute nel giudizio di responsabilità amministrativa. Né la Corte, in sede di giurisdizione di responsabilità, può esercitare poteri d'ordine e sostitutivi in relazione all'attività privatistica e gestionale delle Amministrazioni.

Con particolare riguardo alle ***anomalie processuali*** discendenti dall'utilizzo dell'art. 700 c.p.c. nel giudizio di responsabilità amministrativa (nei termini prospettati dalla Procura regionale nel ricorso in epigrafe) non può non evidenziarsi che la dottrina processualistica contemporanea, riportandosi alla tradizionale conformazione tri-millenaria del processo, ha concettualizzato il **rappporto giuridico processuale quale RELAZIONE NECESSARIAMENTE TRILATERALE**, icasticamente raffigurata con un **TRIANGOLO**, avente all'apice un Giudice indipendente, neutrale, imparziale ed equidistante dalle estremità contrapposte

delle (almeno) due parti in causa (celebre, a tale riguardo, è la qualificazione chiovendiana del processo quale "uno e trino" che si ritrova nelle *conclusioni* del famoso volumetto di inizio del secolo scorso sull' *"azione nel sistema dei diritti"*, autentico pilastro dell'ordinamento processuale italiano).

Per incidens, non è senza interesse rilevare (anche se non è certamente questa la miglior sede per svolgere considerazioni di teoria generale del diritto), che, persino la dottrina che ha teorizzato la figura del **"rapporto obbligatorio unisoggettivo"**, ha chiarito che l'attuazione pratica nel processo di tale relazione di pugliattiana memoria deve dare luogo necessariamente, nell'ambito del giudizio contenzioso, a due relazioni giuridiche processuali antagoniste. La circostanza conferma l'impossibilità di accedere finanche in tali eccezionali ipotesi - sempreché si condivida la costruzione del c.d. "rapporto obbligatorio unisoggettivo" - all'idea di un processo "uno e bino", per richiamare l'efficace sintagma chiovendiano, del tipo di quello attivato dalla Procura regionale con il ricorso in epigrafe, in cui al cospetto di un Giudice imparziale si presentino apparentemente due soggetti in contrapposizione formale, ma che in realtà fondano la propria posizione processuale sullo stesso interesse giuridicamente protetto (la situazione giuridica sostanziale al risarcimento del danno erariale): uno *speciale* sostituto processuale - la Procura -, con poteri *ex lege* limitati alla sola condanna, e lo stesso titolare della situazione giuridica soggettiva sostanziale attivata dal primo - l'Amministrazione pretesamente danneggiata - nei cui confronti agisce il predetto *speciale* sostituto processuale.

Del resto anche nell'ipotesi di **contratto c.d. con se stesso o autocontratto** (art. 1395 c.c.), nonostante l'unicità formale o apparente della persona che contrae con se stessa, non c'è dubbio che i centri di imputazione degli interessi in gioco nell'operazione negoziale siano due, alla luce della pacifica riconducibilità della natura giuridica dell'operazione negoziale al fenomeno della rappresentanza volontaria (tanto che alcuni autori criticano la tesi del contratto unilaterale preferendo ricostruire strutturalmente il contratto in termini bilaterali).

Nell'ipotesi concreta, invece, il giudizio cautelare incardinato dalla Procura regionale presenta apparentemente e formalmente due parti (la Procura quale parte ricorrente e le Amministrazioni quali resistenti), ma il **soggetto titolare dell'interesse sostanziale che fonda la pretesa risarcitoria pubblicistica è uno soltanto: l'Amministrazione danneggiata** (alla quale è preclusa un'azione processuale diretta avente ad oggetto il risarcimento del danno alla finanza pubblica essendo stata tale azione rimessa, per scelta legislativa, al monopolio del pubblico

ministero contabile).

Il processo cautelare ex art. 700 c.p.c. incardinato dalla Procura regionale, ove ammesso, determinerebbe l'insorgenza di un mostruoso "**processo con se stesso**" di cui non v'è traccia nemmeno negli studi dottrinali più eccentrici ed isolati.

2.9. Con specifico riferimento alle norme processuali che disciplinano il giudizio di responsabilità (art. 43-50 R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, recante "*regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti*" e art. 52-54 R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, di approvazione del "*testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*"), il Legislatore ha previsto che tale processo abbia, quali parti, la Procura regionale (attore – pur se l'atto di citazione deve essere prima depositato e poi notificato), che esperisce una **speciale azione risarcitoria pubblicistica con FUNZIONE COMPENSATIVA** del pregiudizio economico subito dall'Amministrazione (soggetto titolare della situazione soggettiva sostanziale), e i pretesi responsabili del danno alla finanza pubblica (convenuti), nei confronti dei quali il Pubblico ministero contabile può anche chiedere, quale unico strumento cautelare contemplato espressamente dalla legge, il sequestro conservativo dei beni (art. 48 R.D. 13 agosto 1933, n. 1038).

Non può più dubitarsi della **funzione compensativa** dell'azione risarcitoria pubblicistica attivata alla Procura regionale, oramai affermata dalla giurisprudenza contabile costante (C. conti., sez. riun., 18 giugno 2015, n. 28/2015/QM; C. conti., sez. III app., 6 febbraio 2015, n. 65; C. conti, sez. giur. Campania, 359/2011, 2185/2011, 1506/2014), essendosi ormai superata, come attestato anche dai recenti studi rebecchiani, la vecchia logica para-sanzionatoria, affondante le proprie origini nell'antico antecedente romano dell'azione popolare penale per *crimen repetundarum*.

Anche la **Corte di Strasburgo con la celeberrima sentenza del 13 maggio 2014 (ric. 20148/09), Rigolio contro Italia**, ha chiarito che al giudizio di responsabilità non si applicano le garanzie del paragrafo 3 dell'art. 6 CEDU, ma solo quelle del par. 1, atteso che **l'azione del pubblico ministero contabile non costituisce un'accusa finalizzata all'irrogazione di una sanzione penale, bensì alla compensazione di un pregiudizio inferto alla finanza pubblica** ("*38. À la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la procédure devant les sections régionale et centrale de la Cour des comptes ne portait pas sur une « accusation en matière pénale » dirigée contre le requérant au sens de l'article 6 de la Convention (voir, mutatis mutandis, Inocêncio c. Portugal (déc.), no 43862/98, CEDH 2001–I). Elle estime donc que le paragraphe 3 de cette disposition, invoqué par l'intéressé, ne trouve pas à*

*s'appliquer en l'espèce. 39. La Cour considère en revanche que, à la lumière de ses conséquences patrimoniales et **de sa nature compensatoire**, la procédure litigieuse avait pour objet une « contestation sur [l]es droits et obligations de caractère civil » du requérant. Dès lors, elle estime que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique sous son volet civil" **Corte EDU, sentenza 13 maggio 2014 (ric. 20148/09), Rigolio contro Italia**).*

La ricaduta immediata di tale orientamento è che, rispetto all'esperimento dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno alla finanza pubblica, non può essere applicato il divieto di *bis in idem* esteso, tra l'altro dalla **sentenza Grande Stevens (C. EDU., 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, ric. 18640/10)**, ai rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative convenzionalmente equiparate a quelle criminali in virtù dei c.d. "**criteri Engel**" (C. EDU., sentenza 8 giugno 1976, **Engel e altri contro Paesi Bassi**).

Una applicazione di questi criteri potrebbe, in astratto, porsi per le **autentiche sanzioni** irrogabili dalla Corte dei conti, quali quelle previste per violazione della c.d. "*golden rule*" (art. 119 Cost. e 30, comma 15, legge 289/2002) e per la causazione di dissesti finanziari locali (art. 248, comma 5, d.lgs. 267/2000), la cui natura sanzionatoria è stata già affermata dalla giurisprudenza della Sezione (**C. conti., sez. giur. Campania, sentenze n. 2185/2011, 547 e 548/2013, 649/2015**). Deve però precisarsi, a scanso di ogni equivoco, che un problema di concorrenza tra sanzioni penali e tali specifiche sanzioni di competenza della Corte dei conti è difficilmente riscontrabile nel concreto atteso che le condotte che danno origine alle sanzioni richiamate non sono previste quale reato dalla legge.

Pertanto, come espressamente sancito dalla Corte EDU, la natura e funzione della responsabilità amministrativa è compensativa e non sanzionatoria: il Giudice contabile, difatti, verificata l'esistenza di un danno può, al più, condannare il convenuto a risarcirlo integralmente, ma non può andare oltre tale limite, ben potendo, invece, ridurlo in applicazione del potere riduttivo dell'addebito (restano, quindi, eccezionali, tipici e tassativi i casi di c.d. "responsabilità sanzionatoria").

A differenza dei danni punitivi (diffusi in altre esperienze giuridiche che non hanno conosciuto quel processo culturale evolutivo di autonomizzazione dell'illecito civile da quello penale), caratterizzati dal fatto che il giudice può condannare il danneggiato ad una somma pari ad un multiplo dell'ammontare del danno cagionato, il risarcimento alla finanza pubblica (tradizionalmente etichettato quale "danno erariale") è "tendenzialmente compensativo", nel senso che la Corte dei conti, può liquidarlo al massimo in misura pari al pregiudizio effettivamente arrecato

all'Amministrazione danneggiata, mentre la tendenzialità compensativa emerge dall'utilizzo del potere riduttivo dell'addebito (la Corte dei conti, difatti, può escludere il risarcimento di parte dei danni ove sussistano particolari circostanze oggettive che giustifichino l'esercizio di tale peculiare potere che presuppone sempre una puntuale motivazione del Giudice e di cui la Corte oggi tende a fare un utilizzo persimonioso).

Il Legislatore ha poi, di recente, introdotto anche la necessità di una specifica notizia di danno erariale quale unico strumento tecnico idoneo a far nascere in concreto i poteri di indagine ed azione del pubblico ministero contabile (art. 17, comma 30-ter, decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102). Come hanno precisato le Sezioni riunite nella sentenza del 3 agosto 2011, n. 12/2011/QM, l'espressione notizia di danno specifica e concreta deve intendersi riferita *"ad uno o più fatti, ragionevolmente individuati nei loro tratti essenziali e non meramente ipotetici, con verosimile pregiudizio per gli interessi finanziari pubblici, onde evitare che l'indagine del PM contabile sia assolutamente libera nel suo oggetto, assurgendo ad un non consentito controllo generalizzato"* (punto 7.4. della motivazione; principio n. 3 del P.Q.M.).

Ciò attesta inequivocamente che i poteri della Procura regionale possono essere attivati, a fini "tendenzialmente compensativi", solo in presenza di un danno erariale effettivo, reale e concreto, e non, a fini preventivi e propulsivi, rivolgersi all'attività amministrativa (autoritativa o privatistica) in modo da orientarla, anche se per perseguire l'obiettivo di non aggravare un asserito danno *in itinere*.

Non rientra, difatti, nei poteri della Corte dei conti, in sede giurisdizionale, quello di imporre all'Amministrazione una certa organizzazione, di porre in essere attività o comportamenti specifici, anche se vincolati dalla legge.

Ciò vale, a maggior ragione, nel giudizio di responsabilità amministrativa dove il Pubblico ministero è titolare esclusivamente dell'azione di condanna risarcitoria (e delle connesse azioni a tutela del credito erariale: revocatoria ordinaria e surrogatoria), per la cui fruttuosità può cautelamente esperire, al più, il rimedio del sequestro conservativo.

Anche nel giudizio cautelare il processo si svolge tra la Procura regionale (parte ricorrente) e il sequestrando (parte resistente). In più, il sequestro è chiaramente strumentale rispetto all'azione di condanna proprio perché si traduce in un vincolo con attitudine alla conversione al pignoramento.

Le norme del processo contabile sono, dunque, incompatibili con il rimedio dell'art. 700 c.p.c., specie se promosso dalla Procura

regionale nei confronti delle Amministrazioni danneggiate (con impraticabilità di ogni rinvio all'art. 700 c.p.c. da parte dell'art. 26 R.D. 1038/1933). In tali ipotesi, lo strumento dell'art. 700 c.p.c. non assolverebbe ad alcuna funzione strumentale rispetto alla fruttuosità dell'azione risarcitoria di condanna (non si tratterebbe di vincolare somme sulle quali poi l'Amministrazione potrà soddisfarsi con il pignoramento). Anzi l'art. 700 c.p.c., ove piegato a finalità preventive, anticipatorie e propulsive, ovvero sia finalizzato ad evitare danni erariali futuri, incerti ed eventuali, si fonderebbe su di un presupposto (non far sorgere il pregiudizio o non aggravarne le conseguenze) in ontologica frizione con la sussistenza della stessa giurisdizione di questa Corte che necessariamente richiede un effettivo danno erariale certo, attuale e concreto (come emerge, lo si ripete, sia dalla normativa che disciplina il processo contabile, che dalla disciplina più recente che ha introdotto una causa di nullità per carenza di una specifica notizia avente ad oggetto un danno erariale attuale, certo e concreto).

2.10. L'impraticabilità del rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. con funzioni propulsive, anticipatorie e preventive deriva, oltre che dall'incompatibilità dello strumento cautelare con il processo contabile, anche e soprattutto dall'impossibilità della Corte di sostituirsi alla Pubblica amministrazione.

I poteri della Corte in sede di giudizio di responsabilità non possono giungere sino ad imporre comportamenti o attività all'Amministrazione (e ciò vale chiaramente sia in sede di merito che nella fase cautelare).

L'impossibilità di ingiungere ordini o nominare commissari *ad acta* che li eseguano in caso di inottemperanza, in sede di giudizio di responsabilità, si riferisce sia all'Amministrazione (che non può mai essere parte resistente in tale giudizio) che ai convenuti. La Corte può condannare questi ultimi, ma non ordinare loro di porre in essere comportamenti positivi, nemmeno se questi ultimi siano idonei a rimuovere in radice la fonte del danno erariale o ad evitarne l'aggravamento.

A differenza dei poteri riconosciuti alla Magistratura ordinaria e amministrativa, la Corte dei conti non ha il potere di condanna per compensare danni futuri, *chances*, o mere stime ipotetiche ed eventuali di pregiudizi erariali, né può ordinare all'Amministrazione, ai soggetti invitati a dedurre o convenuti di tenere azioni specifiche, anche laddove esse abbiano *ex lege* carattere vincolato. Tale ultima limitazione si riferisce ad ogni tipo di attività amministrativa, di natura autoritativa (discrezionale o vincolata) ovvero non autoritativa (privatistica).

Quello ipotizzato dalla Procura regionale e proposto dall'orientamento isolato della Sezione Campania è un **modello**

praeter legem, non auspicabile de iure condendo, che viene fortemente ad alterare i rapporti tra potere giudiziario e potere amministrativo, rendendo il Giudice contabile nella sostanza un Amministratore straordinario o "di sostegno" (per dirla civilisticamente).

Tale delicatissimo potere di azione preventiva e correttiva, da esercitarsi direttamente nei confronti dell'Amministrazione, potrebbe, nel futuro, essere attribuito dal Legislatore alla Corte, magari nell'ambito della riforma del processo contabile *in itinere* (l'art. 20, comma 2, lett. 1, num. 2) fissa, tra i principi e criteri direttivi, quello di *"riordinare le disposizioni processuali vigenti integrandole e coordinandole con le norme e i principi del codice di procedura civile relativamente ai seguenti aspetti: [...] 2) gli istituti processuali in tema di tutela cautelare anche ante causam e di tutela delle ragioni del credito erariale tramite le azioni previste dal codice di procedura civile, nonché i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro, VI, titolo III, capo V, del codice civile"*), ma, al momento, è fuori dal contesto ordinamentale e dal diritto positivo, **né la libertà interpretativa del giudice potrebbe giungere sino ad attribuirsi poteri inesistenti, soprattutto se essi si dovessero porre in stridente attrito con i principi dell'ordinamento interno, peraltro generalmente condivisi a livello europeo (nel contesto degli Stati dell'Unione, sia di *civil law* che di *common law*, nessuna Istituzione omologa a questa Corte risulta titolare di siffatti poteri).**

A livello globale, difatti, tutti gli Stati ad ordinamento istituzionale fondato sulla tripartizione dei poteri di illuministica memoria non conoscono (ed anzi rifuggono) fenomeni di invasione della Magistratura contabile nella sfera dell'amministrazione.

Ciò è emerso chiaramente nell'ambito dei gruppi internazionali di studio e lavoro cui partecipano attivamente i magistrati della Corte dei conti (specialmente in seno ai gruppi OLAF-Commissione europea-Corti dei conti europee).

Di recente, peraltro, è stata anche sottoscritta a Parigi (nei giorni 12 e 13 novembre 2015) una rilevantissima dichiarazione che ha istituito la *"rete dei procuratori generali"* delle Istituzioni Superiori Controllo di Paesi europei ed extraeuropei (Francia, Marocco, Perù, Portogallo, Spagna, Tunisia, Turchia, Brasile e Cile) dotate di funzioni anche giurisdizionali nell'ambito dell'organizzazione INTOSAI. Ne ha dato ampiamente conto anche il Procuratore generale della Corte nel corso della sua relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario per il 2016 (cfr. pag. 147).

Dall'esperienza maturata attraverso questi incontri di studio, approfondimento, cooperazione e scambio di tecniche operative di

lavoro è emerso che **nessuna Corte dei conti straniera è dotata di un potere preventivo e propulsivo** simile a quello invocato dalla Procura regionale per la Campania nel presente giudizio.

Anzi, lo stesso strumento del sequestro conservativo ha suscitato grande interesse, atteso che la quasi totalità delle Istituzioni superiori di controllo dotate di poteri giurisdizionali non risulta titolare di tale rimedio giuridico cautelare.

Pertanto nemmeno gli obiettivi europei di una finanza sana e di gestioni pubbliche efficienti potrebbero giustificare un simile potere preventivo, specie ove attivato in sede cautelare, come tale basata su di una conoscenza sommaria e *prima facie* degli atti.

2.11. In ogni caso, deve essere tenuta nella massima considerazione la circostanza che dinanzi a provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. propulsivi, usurpativi, invasivi e sostitutivi del tipo di quelli sollecitati dalla Procura regionale in un inammissibile e più che anomalo "***processo (dell'Amministrazione/Procura) con se stessa***" (c.d. "***processo unilaterale***" o ***giudizio "a parte unica"***, pur se l'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione è precluso ("*l'esperimento del regolamento di giurisdizione è precluso dopo l'emanazione di un provvedimento cautelare ove la questione di giurisdizione sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva*" Cass., sez. un., 20 giugno 2014, n. 14041; sez. un., 19 gennaio 2007, n. 1144; sez. un., 6 maggio 2003, n. 6889; più di recente il principio è stato riaffermato da Cass., sez. un., 18 novembre 2015, n. 23542: "*è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione che si fondi sull'asserito eccesso di potere giurisdizionale del giudice per aver questi adottato un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in materia nella quale la tutela cautelare è esclusa per legge*"), come pure quello del ricorso straordinario ex art. 111 Cost. (attesa la natura ordinatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. che difettano di carattere decisorio non potendo incidere su situazioni soggettive con efficacia di giudicato - *inter plures*, da ultimo, Cass., sez. un., 20 gennaio 2015, n. 896), **la tutela giurisdizionale non è inesistente: trattandosi di ATTO C.D. ABNORME risulta "praticabile senza limiti temporali l'azione di accertamento della nullità sotto il profilo della radicale carenza di potere giurisdizionale"** [Cass., sez. un., 22 dicembre 1989, n. 726, che osserva: "*Con riguardo ai provvedimenti d'urgenza, resi a norma dell'art. 700 c.p.c., l'inammissibilità del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., in considerazione del loro carattere ordinatorio e della loro inidoneità ad incidere definitivamente su posizioni di diritto soggettivo, deve essere affermata anche quando si deduca la*

abnormità dei provvedimenti medesimi, sotto il profilo dell'adozione in radicale carenza di potere giurisdizionale, trattandosi di situazione denunciabile in ogni tempo con ordinaria azione di accertamento della nullità"; in termini Cass., sez. un., 1° luglio 1992, n. 8085 ("È infatti sufficiente richiamare in proposito la giurisprudenza di queste Sezioni unite per la quale anche in ipotesi di inesistenza giuridica del provvedimento, per la mancanza in radice del potere processuale di adottarlo, contro lo stesso - inidoneo a produrre effetti giuridici - non è proponibile il mezzo di impugnazione del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., ma è esperibile l'actio nullitatis, che non è un gravame, ma una nozione ordinaria di accertamento (Cass. 9 aprile 1984 n. 2258)") e Cass., sez. II, 27 dicembre 1993, n. 12797 ("l'inammissibilità sussiste anche nel caso di abnormità dei provvedimenti di urgenza, in quanto emessi in assoluta carenza di potere giurisdizionale, giacché contro di essi è esperibile in ogni tempo l'actio nullitatis, che non è un gravame, ma un'ordinaria azione di accertamento diretta a fare dichiarare l'inefficacia di atti emanati dal giudice al di fuori della sfera delle sue attribuzioni (v. sent. 9 aprile 1984 n. 2258; 14 luglio 1989 n. 3322; ord. 22 dicembre 1989 n. 726)"]].

Non può, peraltro, non segnalarsi che l'adozione di atti abnormi, oltre a consentire la **querela nullitatis sine die**, è anche fonte di **responsabilità civile e disciplinare del magistrato** (legge 13 aprile 1988, n. 117, come modificata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18; sulla responsabilità disciplinare del magistrato per adozione di atti abnormi la giurisprudenza della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura è sconfinata – cfr., *inter plures*, Quaderno CSM n. 152/2008).

Nell'ambito dei lavori parlamentari, la necessità di reagire all'uso distorto della funzione giudiziaria, ai limiti dell'abnormità e della macroscopica violazione di legge "*per sconfinamento*", aveva condotto persino alla formulazione di una specifica fattispecie di illecito disciplinare del magistrato (l'art. 6, lettera c, n. 9, cristallizzando il richiamato orientamento della Sezione disciplinare del CSM, prevedeva quale specifico illecito disciplinare "*l'adozione di provvedimenti abnormi ovvero di atti e provvedimenti che costituiscano esercizio di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali*"), onde riaffermare fortemente il limite oltre il quale la **libertà interpretativa del giudice** si trasforma in vera e propria **usurpazione** di altre funzioni.

Il testo definitivo della legge 18/2015, di riforma della responsabilità dei magistrati, ha poi cristallizzato il principio secondo il quale "*costituisce **colpa grave** la violazione manifesta della legge [...] ovvero l'**emissione di un provvedimento***

cautelare personale o reale fuori dei casi consentiti dalla legge" (art. 2 che modifica l'art. 2, comma 3, della legge 117/1988).

Se, dunque, il magistrato, nell'azione di un provvedimento cautelare non previsto dalla legge, esercitasse un potere inesistente (in quanto non rientrante espressamente nella propria giurisdizione e persino con essa incompatibile strutturalmente e funzionalmente), porrebbe in essere una condotta ben più di grave di un mero abuso di un potere che realmente gli spetti.

Come è precluso ai privati esercitare in modo abusivo i propri poteri processuali (Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass., sez. un., 19 giugno 2014, n. 13940; Cass., sez. lav., ord. rim. sez. un., 25 gennaio 2016, n. 1251), allo stesso modo, i Magistrati, non solo non possono abusare dei poteri giudiziari (**specie se di natura cautelare ante causam**) di cui sono titolari, ma, non devono nemmeno, a monte, adottare provvedimenti giudiziari **esercitando poteri (non previsti dal diritto positivo) autoattribuitisi in virtù di forzate e deprecabili attività interpretative**, spinte oltre ogni limite tollerabile di ermeneusi normativa (si ricordi, difatti, che le Sezioni riunite di questa Corte, proprio per tali ragioni, esclusero la possibilità di invocare l'art. 700 c.p.c. onde introdurre, in mancanza di un'espressa previsione di legge, il potere di concedere provvedimenti cautelari da parte del giudice monocratico: *"Analogia espressa previsione normativa non è rinvenibile, però, nel procedimento pensionistico, caratterizzato da sempre in materia di sospensiva dalla decisione del giudice collegiale, per cui il richiamo agli artt. 669 e 700 c.p.c. per giustificare l'introduzione nel sistema del giudice monocratico non può che assumere una valenza innovativa sul piano legislativo, **in evidente contrasto con il compito del giudice, che non è quello di porre la norma, bensì soltanto di interpretarla**"* C. conti., sez. riun., 7 ottobre 1997, n. 38/1997/QM).

Come ricordato, peraltro, la Corte regolatrice ha già sancito che la Corte dei conti, in sede giurisdizionale, non risulta titolare di poteri di **prevenzione** del danno erariale: **"né d'altra parte alla Corte dei conti in sede giurisdizionale è affidato il compito di prevenire danni erariali non ancora prodotti"** Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092).

2.12. Fatte queste precisazioni, appare evidente che l'adozione di ordini ingiuntivi ex art. 700 c.p.c. con cui questa Corte, all'esito di un **giudizio cautelare "a parte sostanzialmente unica" o "processo (della Procura/Amministrazione) con se stessa"**, andasse ad esercitare poteri amministrativi organizzatori e discrezionali

riservati all'Amministrazione (alle stesse conclusioni dovrebbe comunque giungersi anche in relazione all'esercizio di poteri vincolati o di attività privatistica), si risolverebbe in un **atto abnorme** esulante non solo dalla giurisdizione di questa Corte, ma anche di quella di altri plessi magistratuali, sussistendo una **radicale improponibilità della domanda cautelare per difetto assoluto di giurisdizione** (indici di abnormità dei provvedimenti cautelari invocati emergono peraltro anche dalle anomalie formali del ricorso introduttivo discendenti dalla commistione, operata dalla Procura regionale, di atti con funzione e struttura eterogenee rivolti a destinatari diversi – l'invito a dedurre e il ricorso ex art. 700 c.p.c. – il primo avente funzione di garanzia nei confronti degli intimati, il secondo proteso alla tutela cautelare anticipatoria delle situazioni soggettive attivate in titolarità dell'Amministrazione pretesamente danneggiata).

Come è noto, difatti, il Legislatore può esercitare poteri amministrativi con leggi-provvedimento, mentre la Magistratura deve, di regola, limitarsi a sindacare l'esercizio del potere amministrativo senza esercitarlo (ad eccezione delle controversie in relazione alle quali il Legislatore abbia previsto ipotesi, tipiche e tassative, di giurisdizione di merito).

La concessione dei provvedimenti cautelari invocati dalla Procura regionale è, dunque, preclusa dalla carenza della giurisdizione di questa Corte in relazione all'adozione degli specifici provvedimenti richiesti, tra l'altro dipendenti dall'attuazione di atti di indirizzo e programmazione regionale non immediatamente eseguibili in considerazione della necessità del dispiegarsi del potere discrezionale organizzatorio delle singole Aziende ed Istituti operanti nel settore sanitario (finalizzato a comparare l'interesse finanziario alla riduzione dei costi con quello dell'utenza e della salute pubblica) non potendo, peraltro, né in sede cautelare, né di merito la Corte dei conti imporre alcunché alla Pubblica amministrazione, né agli organi apicali o amministrativi titolari del potere (ad eccezione dei poteri d'ordine concessi alla magistratura contabile in sede istruttoria).

3. IL C.D. "MERITO CAUTELARE"

3.1. In primo luogo, deve essere ribadito che i provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. richiesti dalla Procura regionali **non assolvono ad alcuna funzione strumentale rispetto alla sentenza di merito.**

Come è stato chiarito in precedenza questa Corte è titolare esclusivamente di un potere di condanna dei potenziali convenuti nei confronti dei quali può essere al più attivato il rimedio del sequestro conservativo.

La Corte non può condannare l'Amministrazione danneggiata, né può ordinarle di tenere specifici comportamenti.

Rispetto alle potenziali statuizioni di merito adottabili nel futuro ed eventuale giudizio, ancora non incardinato, quindi, il contenuto anticipatorio e preventivo dei provvedimenti d'urgenza richiesti dalla Procura regionale non assolve ad alcuna funzione strumentale.

Anzi la prevenzione, in fase cautelare, di ipotetici, eventuali o futuri danni alla finanza pubblica è in ontologica frizione con la giurisdizione di condanna di questa Corte che, come è noto, da quando è stata introdotta, è finalizzata solo alla compensazione dei **pregiudizi effettivi** arrecati all'Amministrazione dai pubblici funzionari o da soggetti in rapporto di servizio. Se manca un danno non solo non c'è illecito contabile, ma nemmeno giurisdizione di questa Corte. Né la Procura potrebbe muoversi in una prospettiva anticipatoria, agendo oltre le proprie funzioni di pubblico ministero contabile, titolare dell'azione risarcitoria di condanna per danno erariale, ed invocando dalla Sezione giurisdizionale l'adozione di ordini (di natura sostanzialmente amministrativa) impositivi di specifiche azioni amministrative da intraprendere.

Né potrebbe farsi riferimento al modello del processo amministrativo nell'ambito del quale situazioni simili a quelle invocate dalla Procura regionale (tutela cautelare propulsiva, valutazione della fondatezza delle istanze in caso di attività vincolata e, secondo alcuni, tecnico-discrezionali, condanna a contenuto atipico, nomina di un commissario *ad acta* anche nella fase della cognizione, etc.) sono espressamente contemplate dal Legislatore in ragione della specifica tecnica di tutela dell'interesse pubblico alla legalità che, nel nostro sistema giuridico processuale amministrativo, transita necessariamente attraverso la protezione di una situazione soggettiva di un privato che sia stata lesa dall'esercizio del potere amministrativo (la giurisprudenza amministrativa consolidata dichiara inammissibile ogni ricorso giurisdizionale teso alla tutela in sé dell'interesse pubblico alla legalità, considerato, come tale, "mero interesse di fatto" che, al di fuori delle eccezionali e tipiche azioni popolari, non può avere alcun accesso alla giustizia amministrativa). In altri termini, la tutela dell'interesse pubblico che fa valere la Procura regionale nel giudizio di responsabilità (pur sempre fondata sulla situazione soggettiva risarcitoria speciale dell'Amministrazione danneggiata), non può essere equiparata a quella che riceve l'interesse pubblico nel processo amministrativo che è, secondo la nota definizione, un modello di "giurisdizione soggettiva" in quanto fondato sulla tutela degli interessi legittimi e, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi dei privati (art. 7 c.p.a.).

Nel giudizio amministrativo vi è un giudizio sul rapporto che ha ad oggetto l'esercizio del potere pubblico che il Giudice amministrativo può orientare con le proprie decisioni (essendo solo

in casi eccezionali ammesso un potere sostitutivo).

L'oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa, invece, è l'accertamento dell'esistenza di un illecito contabile finalizzato alla condanna di coloro cui il danno erariale sia causalmente riconducibile (sulla base di un'imputazione per colpa grave).

A differenza della tutela delle situazioni soggettive private nei confronti della Pubblica amministrazione nell'ambito del processo amministrativo, dove sono contemplate eccezionalmente ipotesi in cui il Giudice amministrativo può sostituirsi all'Amministrazione nell'adozione del provvedimento, anche assegnando un termine a provvedere, con nomina di un commissario *ad acta* in caso di inottemperanza, tali possibilità, invocate dalla Procura regionale con l'istanza ex art. 700 c.p.c., non sono ammesse nell'ambito del processo contabile di responsabilità amministrativa proprio perché l'oggetto di quest'ultimo non è direttamente il sindacato sull'esercizio di un potere che il Giudice contabile possa orientare, ma un tipo di sindacato sulle attività ed i comportamenti amministrativi dannosi tendente a sanare errori professionali inescusabili (colpa grave) dei funzionari.

Accanto alla circostanza, più volte evidenziata, che l'unica statuizione di merito favorevole all'Amministrazione danneggiata può essere solo quella di condanna dei convenuti (con cui deve fare i conti e confrontarsi la strumentalità di ogni provvedimento cautelare invocato), non può non ribadirsi con forza che ogni funzione preventiva, propulsiva e sostitutiva simile a quella invocata dalla Procura regionale nel presente giudizio cautelare **tenderebbe ad eliminare in radice l'asserito danno erariale "in itinere", con impossibilità di perseguire ogni strumentalità cautelare, venendo meno il presupposto della giurisdizione contabile.**

Nel concreto, peraltro, non può non evidenziarsi, in relazione agli specifici provvedimenti d'urgenza richiesti, che la Procura regionale non ha identificato puntualmente le unità operative esuberanti, inutili e/o da sopprimere in relazione alle quali dovrebbero operare gli invocati ordini giudiziari cautelari innominati ed atipici ex art. 700 c.p.c., lasciando questo compito alla Corte che dovrebbe, secondo parte attrice, assolvere nella fase cautelare attraverso provvedimenti anticipatori innominati ed atipici propulsivi a finalità preventiva e repressiva, provvedimenti che, come si è evidenziato, sarebbero un "atto abnorme" scaturigine di responsabilità disciplinare e civile per il Giudice che li adottasse.

3.2. Con riguardo alla futura ed eventuale azione risarcitoria pubblicistica da esperirsi nei confronti dei potenziali convenuti

(aventi attualmente qualità di invitati a dedurre), per completezza di giudizio, non può non rilevarsi che la carenza dei presupposti cautelari emerge dalla stessa prospettazione dell'invito a dedurre nei confronti degli intimati (oltre che dalla copiosa documentazione depositata dalle Amministrazioni, tutte presenti nell'udienza cautelare), la quale non tiene conto delle condotte organizzative poste in essere, nell'ambito delle varie Amministrazioni, dai potenziali convenuti in giudizio che, *prima facie*, non sembrano, avendo riguardo alla documentazione attualmente versata in atti, essere connotate da colpa grave.

La riforma intervenuta negli anni '90 (art. 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20), difatti, contemperando le esigenze dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa con quelle della tutela delle persone fisiche titolari di poteri, funzioni e incarichi pubblici, ha generalizzato il criterio di imputazione della **colpa grave**, la cui asseverazione, in applicazione dell'art. 2697 c.c., è a carico della parte attrice.

Non può non ricordarsi che la Corte costituzionale ha ritenuto legittima la richiamata disposizione. Precisando che la disciplina sostanziale della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici è rimessa alla discrezionalità, del Legislatore (*"Non v'è, infatti, alcun motivo di dubitare che il legislatore sia arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile (sentenza n. 411 del 1988), senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà"*), la Consulta ha rigettato la questione segnalando che la generalizzazione dell'esonero da colpa lieve *"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"* (C. cost., 20 novembre 1998, n. 371).

Fermi restando gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica connessa alla sanità, i tagli di strutture e personale e gli accorpamenti dei reparti e delle unità, devono essere sempre effettuati considerando anche gli obiettivi primari di tutela della salute pubblica e dell'utenza, nonché la funzionalità dell'azione amministrativa sanitaria, attraverso decisioni rimesse alle scelte discrezionali delle Aziende sanitarie, che nel rispetto degli indirizzi regionali, dovranno valutare in concreto tutti gli interessi in gioco, identificando le misure organizzatorie necessarie.

Non è possibile, difatti, applicare nell'ambito dei servizi essenziali destinati alla persona umana (quali sanità, sicurezza, scuola, giustizia, etc.) criteri automatici e meccanici del tipo di

quelli invocati dalla Procura regionale, ricordando, peraltro, che proprio il Procuratore regionale per la regione Campania, qualche anno fa, prestando omaggio alla logica del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, archivì una vertenza avente ad oggetto la spesa pubblica relativa all'istruzione scolastica comunale (*"l'Ufficio di Procura è venuto nella determinazione di procedere all'archiviazione della vertenza argomentando che i denunciati profili di illegittimità, non sussistevano in quanto, le pur forti ragioni poste a presidio della integrità della finanza pubblica, non possono invadere campi che interferiscono con l'esercizio di diritti fondamentali quali quelli connessi al settore dell'istruzione. Peraltro, avendo riconosciuto quella giurisprudenza carattere di obbligatorietà alla tipologia di scuola in argomento (compresa nel novero dei "servizi obbligatori della persona") sarebbe stato anche di difficile configurazione ipotizzare una fattispecie di danno per il costo di un servizio che il Comune doveva, comunque, rendere"* Relazione del Procuratore regionale per la Campania, anno giudiziario 2014, pagina 30).

Nello specifico la Procura regionale, come pure le note istruttorie della Guardia di finanza, articolano la prospettazione del danno erariale basandosi sull'erroneo presupposto della natura **perentoria** del termine (10 giugno 2013) fissato dal decreto commissariale del 18 febbraio 2013, n. 18, alle Aziende sanitarie per l'adozione di atti organizzatori consequenziali agli atti regionali di indirizzo.

Dalla prospettata perentorietà la Procura regionale fa discendere, in via automatica, un danno alla finanza pubblica da mancata soppressione di strutture "in esubero" che, tuttavia, riferisce esclusivamente al personale di livello dirigenziale.

In particolare, in modo del tutto automatico, attraverso note della Guardia di finanza, recanti tabelle sintetiche (su cui si è fondata la Procura regionale per notificare gli atti di invito a dedurre e l'istanza cautelare ex art. 700 c.p.c.), le quali, a loro volta, rinviano a tabulati di non agevole intellegibilità, nonché una nota redatta da un consulente privato (Dott. Luigi Stella Alfano, con qualità di *"medico chirurgo – giornalista pubblicitario specialista in medicina legale e delle ass.ni specialista in igiene e med. preventiva"* – così nota alla Procura regionale trasmessa a mezzo nota Guardia di finanza del 23 settembre 2015, n. 10449179), si quantifica il danno erariale emergente dalla liquidazione, dopo il 10 giugno 2013, di compensi al personale dirigenziale pretesamente "in esubero" attraverso un confronto matematico tra personale in servizio e quello da privare dell'incarico dirigenziale in essere in applicazione degli indirizzi regionali.

L'affermazione non è condivisibile per la sua assolutezza e apoditticità.

La Procura muove da un presupposto errato. Ritenere che tutte le Aziende sanitarie campane avrebbero dovuto (entro il 10 giugno 2013) sciogliere e far cessare tutti gli incarichi dirigenziali in essere, previa identificazione di strutture in esubero o inutili, significherebbe legittimare l'insorgenza di una causa di revoca *ex lege per factum principis* (ragioni finanziarie derivanti dal piano di rientro) che è fuori dall'ordinamento, anche alla luce della giurisprudenza europea, costituzionale, civile ed amministrativa consolidata che riconosce e tutela l'affidamento quale principio generale del diritto dell'Unione europea e dell'ordinamento interno (in proposito si richiama la recente riforma della disciplina dell'autotutela decisoria).

Un processo di riorganizzazione della complessa, enorme e elefantiaca Amministrazione sanitaria campana non può certamente chiudersi ***in meno di quattro mesi*** (si consideri che il decreto commissariale che fissa il termine del 10 giugno 2013 è del 10 febbraio 2013) proprio per l'esistenza delle gravi criticità che hanno determinato il commissariamento. Pertanto non può essere preteso che 29 dirigenti generali possano, in meno di quattro mesi, quali vertici delle svariate Aziende sanitarie risolvere problemi e questioni che affliggono la sanità campana da decenni, tra l'altro revocando *illico ed immediato* centinaia di incarichi dirigenziali ed innescando, com'è presumibile immaginare, un contenzioso destinato a durare anni e che produrrebbe ulteriori danni all'Amministrazione dipendenti dalla necessità di risarcire i pregiudizi (patrimoniali e non) inferti ai dirigenti per revoca anticipata degli incarichi.

Le ricadute per l'utenza, titolare di diritti assoluti ed inviolabili, ricollegati alla dignità umana, sarebbero gravissime (circostanza evidentemente non considerata dall'ONLUS "Rosaria Lanzetta Buono").

E' dunque normale e più che ragionevole immaginare che per riassetare e riorganizzare in modo più efficiente e meno costoso l'Amministrazione sanitaria campana occorra più di qualche mese.

A ciò si aggiunga che le svariate Aziende evocate in giudizio dalla Procura regionale non sono in uno stato di immobilismo assoluto. Non siamo dinanzi ad un'Amministrazione elefantiaca pietrificata, ma al cospetto di Aziende che hanno attivato i complessi processi riorganizzativi finalizzati alla riduzione della spesa (la stessa Procura regionale menziona i tavoli e gruppi di lavori costituiti in seno ad ogni Amministrazione evocata).

Del resto è lo stesso atto di indirizzo che contempla un'ampia procedura partecipata per l'adozione dell'atto aziendale (il Punto 11 della Sezione III dell'atto di indirizzo del 2013, circa i poteri di adozione e verifica degli atti aziendali, dispone che *"l'atto aziendale è adottato dal Direttore generale con proprio*

provvedimento, previo parere del collegio di direzione nella sua attuale composizione, informati preventivamente e sentiti il comitato di rappresentanza dei sindaci, il consiglio dei sanitari e le organizzazioni sindacali. Il commissario ad acta per il piano di rientro effettua, per il tramite degli uffici regionali all'uopo predisposti, la verifica della conformità dell'atto aziendale al presente atto di indirizzo e alle linee di programmazione regionale. Qualora il commissario ad acta per il piano di rientro rilevi la mancanza di conformità dell'atto aziendale alle presenti linee di indirizzo e alle linee di programmazione regionale, rinvia l'atto medesimo al direttore generale per il i necessari adeguamenti"), impossibile, in rerum natura, da chiudersi in meno di 4 mesi, circostanza che, ancora una volta, milita verso l'infondatezza della tesi della natura perentoria del termine del 10 giugno 2013 fissata dall'atto di indirizzo regionale del 18 febbraio 2013.

Allo stato, sulla base di una valutazione sommaria della documentazione versata in atti, non appare, dunque, ipotizzabile una colpa grave degli invitati a dedurre potenziali convenuti in giudizio, con conseguenziale assenza del *fumus boni iuris*.

Per quanto sopra, deve dichiararsi l'improponibilità della domanda cautelare per difetto assoluto di giurisdizione, con conseguenziale carenza di giurisdizione di questa Corte sul ricorso ex art. 700 c.p.c. in epigrafe, affermandosi il seguente principio: ***"E' improponibile per difetto assoluto di giurisdizione e conseguentemente deve escludersi che rientri nella giurisdizione della Corte dei conti un'istanza cautelare ex art. 700 c.p.c. finalizzata all'adozione di provvedimenti d'urgenza atipici ed innominati, sostanzialmente ingiuntivi, propulsivi, preventivi ed anticipatori rispetto alla produzione di pretesi danni erariali futuri, eventuali o ipotetici, nell'ambito di un giudizio ante causam "a parte sostanzialmente unica", che abbiano quale destinataria la Pubblica amministrazione, nel cui interesse peraltro agisce la Procura regionale, in relazione all'esercizio di ogni tipologia di potere pubblico (discrezionale puro, tecnico discrezionale o vincolato) o di attività privatistica o gestionale, specie se l'Amministrazione debba contemperare gli interessi finanziari alla riduzione della spesa pubblica con altre situazioni soggettive costituzionalmente, comunitariamente e convenzionalmente rilevanti (quale quelle a tutela della salute pubblica, della persona e della dignità umana)".***

Non rientrando la situazione giuridica soggettiva attivata dalla Procura regionale nella giurisdizione di alcun plesso magistratuale, trattandosi di un *petitum sostanziale* che si risolve

nell'usurpazione ed invasione della sfera dei poteri riservati dall'Amministrazione, non vi è luogo ad alcuna pronuncia strumentale alla *translatio iudicii* ("Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, **se esistente**, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione" art. 59 legge 69/2009) per improponibilità assoluta della domanda cautelare in considerazione del rilevato difetto assoluto di giurisdizione.

La liquidazione delle spese è rinviata alla decisione di merito (art. 26 R.D. 1038/1933, 669 *octies*, commi 6 e 7, c.p.c., art. 3, comma 2 bis, d.l. 543/96 conv. L. 639/96, come interpretato dall'art. 10 bis, comma 10, d.l. 203/05 conv. L. 248/2005 e modificato dall'art. 17 comma 30 *quinquies*, d.l. 78/2009 conv. L. 102/2009).

P.Q.M.

La Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Campania, dichiara l'improponibilità per difetto assoluto di giurisdizione della domanda cautelare introdotta con il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. in epigrafe.

Dichiara inammissibili gli interventi spiegati dagli invitati a dedurre e dall'Associazione "Rosaria Lanzetta Buono O.N.L.U.S."

Spese al merito.

Così deciso nelle camere di consiglio del 29 febbraio e 7 marzo 2016.

Cons. Pasquale FAVA