

I.

Premessa

La funzione della responsabilità amministrativa e la nozione di danno erariale nel dialogo tra giudice e legislatore

Grazie per essere qui in questa solenne occasione ed in questa magnifica sede. E' una emozione molto forte! Questo mi spinge ad un messaggio che non può che essere un messaggio di speranza. L'Italia sarà in grado di superare questo passaggio così critico e drammatico qual è l'attuale e la Corte dei conti lo saprà fare proiettandosi verso il futuro.

Ringrazio gli organizzatori anche per l'opportunità che mi è stata offerta di svolgere una riflessione su di un tema fondamentale come quello della responsabilità amministrativa, che ben si inserisce nel titolo del convegno "**Il ruolo della Corte dei conti al servizio della collettività nell'evoluzione delle sue funzioni**", che celebra la fondazione della Corte dei conti italiana nel 1862, sottolineandone la sua principale vocazione al servizio della collettività". Intendo essere fedele al titolo!

Il tema è immenso e non può essere svolto compiutamente nell'arco temporale che la sessione rende ineludibile.

Proporrò quindi delle **riflessioni sparse** che hanno come **filo conduttore in una prospettiva storica, il dialogo che si è sviluppato negli anni sul tema tra giudice e legislatore**, al fine di cogliere le prospettive che si aprono per la responsabilità amministrativa quale istituto fondamentale nell'ambito delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, che devono porsi a garanzia del diritto obiettivo e/o della legalità e non di interessi di parte o dello Stato-amministrazione come ricordavano i maestri Crisafulli e Paladin.

Come accaduto per la responsabilità civile, giudice e legislatore si sono nel tempo reciprocamente influenzati dando vita ad un diritto vivente nell'ambito del quale, da un lato i precedenti giurisprudenziali hanno influito sulla interpretazione delle norme, dall'altro il legislatore, in una sorta di rincorsa della giurisprudenza, ha talvolta finito per tradurre in norme gli orientamenti stessi (il Codice della giustizia contabile varato nel 2016 ne offre un chiaro esempio).

I punti centrali della dialettica sono due, fra loro intimamente collegati: la **funzione e/o natura della responsabilità amministrativa e la nozione di danno erariale** da sempre assai sfuggibile ed indefinita. Questi aspetti si riverberano sugli stessi elementi strutturali della responsabilità amministrativa, rilevanti anche ai fini del rapporto della giurisdizione contabile con le altre giurisdizioni (ordinaria e amministrativa).

Iniziamo dal danno erariale. Quanto ad esso non v'è dubbio che ci si trovi di fronte ad una delle categorie più complesse dell'esperienza giuridica, al pari di quella del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c.

Ci sono state stagioni (a mio giudizio assai fertili e felici) nelle quali, sulla base della clausola generale di cui all'art. 82 legge di contabilità del 1923, il danno erariale è stato inteso dalla giurisprudenza

contabile - con l'avallo della Corte di cassazione - in senso assai ampio, quale "***(ingiusta) lesione di un interesse economicamente valutabile di pertinenza dello Stato***". Si è inteso così valorizzare una disposizione dal contenuto elastico individuando nella Costituzione i beni/valori da presidiare.

Ciò ha spinto il legislatore ad interventi *ad hoc* fortemente limitativi se non soppressivi della giurisdizione contabile in alcune tipologie di danno (es danno all'ambiente) e più in generale di forte contenimento degli ambiti di cognizione del giudice, al fine di arginare un sindacato troppo penetrante ed un incontrollato soggettivismo. Ne è un chiaro esempio la norma introdotta nella stagione emergenziale di cui all'art. 21 *secondo comma, decreto-legge 16 luglio 2020 n.76*, che ha limitato la responsabilità amministrativa alle sole condotte dolose, al quale dedicherò una breve riflessione nella parte conclusiva del mio intervento.

In altre stagioni, si è accentuata la tendenza volta a ricondurre la responsabilità amministrativa entro schemi predefiniti nella previsione, valutazione e criterio di imputazione del danno, attraverso l'introduzione di numerose ipotesi di responsabilità amministrative tipizzate e sanzionatorie, alle quali il legislatore ha fatto ricorso in modo sempre più frequente per stigmatizzare comportamenti di amministratori ritenuti contrari rispetto ad un' oculata gestione ed utilizzo delle risorse del patrimonio pubblico anche nella logica del rispetto dei vincoli finanziari nazionali ed europei.

Non infrequentemente le fattispecie tipizzate hanno ricalcato l'antico schema delle c.d. responsabilità formali di cui al r. d. 383 del 1934 artt. 252 e ss., incidendo sul meccanismo di imputazione del danno erariale atteso che nella struttura delle norme in alcuni casi è la commissione della condotta in quanto tale a giustificare la responsabilità a prescindere dalla sussistenza di un danno risarcibile, in altri fra i quali il danno all'immagine il legislatore ha indicato un criterio presuntivo di quantificazione del danno .

Diverso è stato poi lo schema utilizzato per le responsabilità sanzionatorie da taluni in dottrina ritenute estranee agli istituti della responsabilità amministrativa, nelle quali legislatore, in funzione punitiva e di deterrenza, non solo ha tipizzato la condotta antigiuridica ma anche la misura afflittiva che si ricollega alla commissione della condotta stessa ed i criteri per la sua quantificazione. Il Codice della giustizia contabile ha previsto un apposito rito per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie ove ne ricorrano i presupposti indicati dalla legge.

Atipicità e tipicità del danno erariale sono i due poli contrapposti entro i quali si colloca il dibattito antico, ma di stretta attualità, in ordine alla funzione della responsabilità amministrativa.

Funzione compensatoria/risarcitoria preordinata al reintegro delle casse erariali e/o funzione preventiva /deterrente e sanzionatoria?

A questi interrogativi di fondo la Corte costituzionale sin dagli anni '90 (Corte cost. n.371/1998) ha dato risposta riconoscendo nella **responsabilità amministrativa la combinazione di elementi restitutori e di deterrenza** "*in funzione della determinazione della parte del rischio dell'attività che deve rimanere a carico dell'apparato e di quella da porre a carico del dipendente nella ricerca di*

un punto di equilibrio tale da rendere per dipendenti amministratori pubblici la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo“, Corte cost. n.371/1998.

Più vaghe sono le indicazioni circa l'individuazione del soggetto danneggiato: l'amministrazione, l'apparato e/o la collettività nel suo complesso che il legislatore evoca ai fini dell'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*.

È proprio ,infatti, quando si focalizza l'attenzione su chi subisce le conseguenze del danno erariale che ci si rende meglio conto **del fatto che la funzione della responsabilità è intimamente collegata alla concezione di danno erariale che si intende accogliere in un determinato contesto storico.**

Per parte mia, anticipo il mio pensiero, il danno erariale dovrebbe avere una componente irrinunciabile: la lesione dell'interesse pubblico generale economicamente valutabile della collettività amministrata, componente che vieppiù dovrebbe essere valorizzata allorquando l'interesse pubblico leso non possa essere azionato innanzi ad alcun plesso giurisdizionale!

È quanto, continua a ricordarci la Suprema Corte di cassazione allorquando nella sua giurisprudenza ormai costante resa in sede di ricorsi per motivi inerenti alla giurisdizione ex art.111 Cost. (cfr. SSUU n.14230/2020) afferma che: *“con sussiste la violazione del principio del ne bis in idem tra il giudizio civile introdotto dalla p.a. avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un obbligazione civile contrattuale legale o della clausola generale di danno aquiliano da parte di un soggetto investito del rapporto di servizio con essa, ed il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla corte dei conti dal procuratore contabile nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete, ed invero la prima causa è finalizzata al pieno ristoro del danno con funzione riparatoria integralmente compensativo a protezione dell'interesse particolare della singola amministrazione attrice, mentre l'altra è invece volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della pubblica amministrazione, e al corretto impiego delle risorse con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatorie”*.

Senonché il paradigma della funzione sanzionatoria utilizzato dalla Corte suprema, *ex art. 111, 8 comma Cost.*, nell'ambito della sua funzione regolatrice della giurisdizione, oltre a non poter essere utilizzato al di fuori di detto specifico contesto, o quantomeno con esiti coerenti ed univoci (la Corte EDU nella sentenza Rigolio/Italia del maggio 2014 al fine della verifica della possibile violazione del principio del “*ne bis in idem*” in ordine ad un giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti per vicende che avevano dato luogo, nei suoi confronti anche a condanna in sede penale - invocando l'art. 6, paragrafi 1-2 e 3 della Convenzione - ha escluso la natura punitiva del risarcimento del danno irrogato in sede di giudizio di responsabilità amministrativa affermandone invece la natura di sanzione civile), non risolve sul piano applicativo il problema dell' *ubi consistam* del danno erariale dal momento che, stando ad esso, per essere tale, il danno non dovrebbe coincidere in tutto e per tutto nella perdita patrimoniale subita dalla pubblica amministrazione ma dovrebbe includervi (ove richiesta giudizialmente e dimostrata) una componente diversa, con la stessa non necessariamente coincidente (lesione dell'interesse pubblico generale).

La copiosa giurisprudenza che è intervenuta *sulla proponibilità dell'azione contabile* in ipotesi di c.d. doppio binario (che si verifica allorché la giurisdizione civile e penale e quella contabile, pur reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, investono un medesimo fatto materiale) dimostra quanto sia difficoltoso non solo sul piano dogmatico ma anche applicativo distinguere le due tipologie di danno in base alle diverse funzioni (compensativa/sanzionatoria) e soprattutto proporre validi indici di quantificazione di detta (ulteriore e diversa) componente di danno.

Si tratta infatti di verificare se la tutela risarcitoria possa essere accordata ad un danno a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva rilevante previamente riconosciuta dall'ordinamento, lesione che si risolva semplicemente nella violazione di norme che proteggano l'interesse di un soggetto (collettività, corpo sociale) senza l'attribuzione di una specifica situazione giuridica soggettiva in suo favore.

Sullo sfondo ci sono i principi costituzionali (art. 97 Cost.) secondo i quali la PA deve essere efficace, efficiente ed imparziale e garantire il buon andamento. Ma questi aspetti attengono al profilo della lesione, all'ingiustizia del danno e non contribuiscono ad enucleare i criteri per valutare se da quella lesione si siano prodotte conseguenze economicamente apprezzabili, ulteriori e diverse rispetto all'interesse patrimoniale della singola amministrazione. L'elaborazione in via pretoria ad opera della giurisprudenza contabile di specifiche categorie di danno (**alla concorrenza, da disservizio, da tangente, all'immagine**) corredate da parametri di quantificazione dimostrano lo sforzo volto ad esaltare non solo lo scopo riparatorio del danno ma soprattutto la lesione del buon andamento e dell'interesse generale e lo sviamento dal fine pubblico.

La problematicità di questo aspetto si riflette in alcuni passaggi motivazionali della recente sentenza **della Corte costituzionale n.203/2022 che ha dato per ammessa la co -legittimazione del PM e dell'amministrazione creditrice ad agire innanzi a distinte giurisdizioni per la tutela del credito, sub specie di possibile danno erariale o civile**, già riconosciuta dalla Corte di cassazione, ord. n.28183/2020 e n.14792/2016.

Alla luce di queste primissime riflessioni che denotano la complessità della materia, ripercorrere i momenti più significativi dell'evoluzione intervenuta nel corso del tempo sul modo di intendere **“l'arcipelago“ delle varie forme di responsabilità amministrativa ed il concetto di danno erariale** da parte del giudice e del legislatore, appare assai utile in una prospettiva di analisi rivolta al futuro.

II.

L'origine storica della responsabilità amministrativa. Il collegamento della responsabilità con le gestioni finanziarie formalizzate ed il suo superamento ad opera dell'art. 82 rd 1923 2440. Il primo dibattito sulla natura contrattuale o extracontrattuale.

Qualche cenno sulla genesi che non va mai dimenticata!

È certo che la responsabilità amministrativa nasce come *genus a sé stante* nell'ambito di quelle che erano definite, con una locuzione generica ed alquanto approssimativa, le “responsabilità contabili” attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 61 legge di contabilità di Stato del 1869,

riprodotto dall'art. 67 della legge di contabilità del 1884) secondo cui **“gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, e specialmente quelli ai quali è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, dovranno rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato”**. A tale effetto essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale potrà porre a loro carico una parte o tutto il valore perduto”

Come da più parti osservato l'ampia dizione della norma contabile non doveva trarre in inganno in quanto la cognizione del giudice contabile **era limitata quasi esclusivamente alla parte esecutiva della gestione finanziaria e perciò si estendeva in pratica solo nei confronti dei soggetti le cui responsabilità fossero connesse con quelle contabili** sotto lo specifico profilo del concorso soggettivo nella produzione dell'evento dannoso individuato nella perdita di valori dello Stato.

Le responsabilità di questi pubblici ufficiali **erano quindi sempre collegate alla gestione finanziaria formalizzata** e perciò risultavano connesse alle gestioni contabili, così che potevano essere giudicate non soltanto con i *giudizi speciali* ma ancora con i *giudizi di conto* considerati nella loro possibile estensione soggettiva ed oggettiva.

La rottura del collegamento si ebbe, come noto, con il r. d. 1224 del 1923, legge di contabilità generale dello Stato, il cui art. 82 in rilevante discontinuità rispetto al precedente sistema, stabiliva che **“l'impiegato che per azione o omissione anche solo colposa nell'esercizio delle sue funzioni cagioni danno allo Stato è tenuto a risarcirlo”**. Veniva quindi meno il riferimento ai valori perduti e al collegamento con le gestioni finanziarie contabili prevedendosi per la prima volta la responsabilità di qualsiasi **impiegato per qualunque fatto illecito collegato soltanto alla funzione**.

Quanto all'articolo 83 era previsto che **“i funzionari di cui ai precedenti articoli 81 e 82 sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale valutate le singole responsabilità può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”**.

Le norme dunque, già delineavano chiaramente gli elementi strutturali e propri della responsabilità amministrativa: rapporto di servizio, il collegamento dell'attività lesiva alle funzioni (qualunque funzione) esercitate dall'impiegato e la personalizzazione della responsabilità; inoltre la deroga alla regola civilistica della solidarietà lasciava già intendere quanto, per il legislatore dell'epoca, fosse necessario un collegamento tra responsabilità e competenza (*rectius*: attribuzione) ai fini dell'imputazione del danno.

C'è da chiedersi se la giurisprudenza dell'epoca ebbe, sin dall'inizio, piena consapevolezza della nuova fisionomia della responsabilità amministrativa. Si ebbe, in altri termini, chiaro che il legislatore attraverso l'art. 82, e la disciplina ad essa successiva (art. 52 r.d. n.1214 del 1934, TU leggi sulla Corte dei conti, e art. 18 d.p.r. n.3 del 1957) aveva sostanzialmente introdotto una *norma in bianco* che sanciva l'obbligo del funzionario di rispondere del danno cagionato allo Stato nell'esercizio o in occasione delle pubbliche funzioni?

Probabilmente no! Sarebbero dovuti trascorrere diversi decenni prima che le Sezioni riunite della Corte dei conti (SSRR n.659/1990) affermassero la sostanziale natura di **norme in bianco** delle

disposizioni richiamate, peraltro ancora vigenti, seppur in mutato contesto giuridico di riferimento, in quanto non abrogate, neppure a seguito dell'entrata in vigore del codice della giustizia contabile.

Quello che appare indubbio è che, la c.d. responsabilità amministrativa, nella prima fase dell'applicazione giurisprudenziale, venne gradualmente ad assorbire le ipotesi di responsabilità di cui all'art.81 legge contabilità, che secondo la tradizione storica erano assimilate alle responsabilità contabili propriamente dette, portando ad un progressivo rigetto del giudizio di conto rispetto al quale veniva preferito il più duttile giudizio di responsabilità (non era più la responsabilità contabile ad assimilare altre ipotesi ma la responsabilità amministrativa ad assimilare a sé quella contabile).

Sotto altro aspetto il dibattito teorico si concentrò principalmente sulla questione della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità amministrativa: dottrina e giurisprudenza prevalenti, mentre non dubitavano della natura contrattuale della responsabilità contabile, configuravano come aquiliana la connessa responsabilità degli altri pubblici ufficiali stipendiati in quanto ritenuta non conseguente all'inadempimento della prestazione lavorativa (da svolgere con perizia e diligenza) quanto alla violazione del generico dovere del *neminem laedere*.

Altro snodo problematico di rilievo dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'ampiezza della **riserva di giurisdizione a favore della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica di cui all'art.103 della Costituzione e l'inclusione della responsabilità amministrativa all'interno di detto perimetro.**

Ulteriore aspetto cruciale del dibattito investiva l'ampiezza della riserva di giurisdizione a favore della corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica e l'esservi o meno la responsabilità amministrativa ricompresa.

Su questo aspetto le posizioni della Corte costituzionale dopo una prima fase di chiusura (sentenza **17 del 1965**, red. Sandulli) riconoscevano che, ai sensi del secondo comma dell'articolo 103, le materie di contabilità pubblica comprendessero naturalmente la nozione accolta nella legislazione vigente e nella giurisprudenza e cioè fossero comprensivi dei giudizi di conto di quelli di responsabilità senza necessità di una interposizione del legislatore.

Siamo nel 1971, la sentenza è la n. 68 ed è interessante questo passaggio: *“il secondo comma dell'articolo 103 della Costituzione nel riservare alla giurisdizione della Corte dei conti le materie di contabilità pubblica da un lato e sotto l'aspetto oggettivo ne assunto la nozione tradizionalmente accolta nella legislazione vigente e nella giurisprudenza comprensiva dei giudizi di conto e di quelli di responsabilità...OMISSIS giudizi di conto giudizi di responsabilità tendono a garantire l'interesse generale e oggettivo alla regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente evitando tra l'altro il sospetto di compiacenti omissioni o l'affermarsi di pratiche lassiste in ottemperanza al principio dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione di cui all'articolo 97 cost”*.

La Corte costituzionale non soltanto quindi includeva inscindibilmente nelle materie di contabilità pubblica giudizio di conto e *giudizio di responsabilità amministrativa*, ma ravvisava la sua funzione essenziale della responsabilità amministrativa nella tutela dell'interesse generale oggettivo, in ottemperanza al principio di imparzialità e buon andamento.

Solo successivamente, pure ammettendo che la responsabilità amministrativa rientrasse nelle materie di contabilità pubblica nelle pronunce degli anni 80 ed in particolare nella n. 349 dell'86 (la responsabilità dei pubblici dipendenti per danni arrecati all'ambiente), iniziò a farsi strada l'idea che la Corte dei conti non possa ritenersi il giudice esclusivo della tutela dei danni pubblici perché la sua giurisdizione è solo tendenzialmente generale.

Da qui nasce, a mio giudizio, l'incomprensione di fondo che è alla base del problema del doppio binario. Ci sono danni pubblici derivanti da illeciti contrattuali o aquiliani che possono essere dar vita ad iniziative giudiziali intraprese direttamente dalla pubblica amministrazione. **Ci sono tuttavia altri danni pubblici (il cuore dei danni erariali) rispetto ai quali la pubblica amministrazione non ha alcun potere né legittimazione all'azione non essendone titolare o ente esponenziale;** sono quelli che riguardano la lesione di interessi collettivi e diffusi nella misura in cui essi coincidano con l'interesse obiettivo dell'ordinamento.

III.

La responsabilità amministrativa atipica ed i precedenti giurisprudenziali degli anni 70- 80 in materia di danno all'economia nazionale e di danno ambientale. La vocazione dell'angelo custode tradotta in concreto!

I precedenti giurisprudenziali che hanno, per la prima volta, superato la concezione ragionieristica del danno erariale, si collocano tra gli anni '70 e l'inizio degli anni '80 in quella che ben può essere **definita una stagione assai fertile in ordine al significato da attribuire alla nozione di danno , che veniva a svilupparsi in perfetto parallelismo con la riflessione che, sul versante privatistico, sin dagli anni '60 aveva investito la responsabilità civile ed il concetto di danno ingiusto oltre che la tutela degli interessi diffusi e collettivi.**

Essi costituiscono a mio giudizio la punta più avanzata e coraggiosa della ricostruzione **del danno erariale atipico inteso come lesione di una norma attributiva di protezione ad un interesse pubblico di carattere generale o fine dello Stato economicamente valutabile.**

Mi riferisco alle note sentenze rese dalle SSUU della Cassazione (n.2/1980 e n.21/1983) nelle quali si è rispettivamente affermata la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità amministrativa promossa nei confronti di una Banca agente per conto dell'Ufficio Italiano cambi, per aver consentito l'illegale costituzione all'estero di disponibilità valutarie, e *“soggetto alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti l'istituto di credito che operando quale agenzia della Banca d'Italia abbia recato danno allo Stato concedendo colposamente benessere ad operazioni effettuate suo tramite di pagamento di accredito di valuta all'estero per acquisto di merci dalle quali si è derivata una illecita esportazione di valuta”*.

L'innovatività delle questioni è resa evidente dal fatto che, come ricordato con risalto dal Procuratore generale della Corte dei conti dell'epoca (Mario Sinopoli) nelle relazioni sull'attività svolta durante gli anni 1977 e 1978, per la prima volta l'azione di responsabilità che aveva dato luogo all'intervento delle SSUU della cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione veniva collegata alla **vocazione dell'angelo custode** della giurisdizione contabile e *“a porsi come strumento di tutela*

degli interessi diffusi” nonché alla figura del danno pubblico per turbativa dell’equilibrio di bilancio”.

Come osservato dal Procuratore generale nei discorsi inaugurali, mentre in passato si dava come postulato indiscutibile la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, **l’interesse generale era considerato personificato nell’interesse pubblico dello Stato persona**, oggi secondo le linee della vigente Costituzione che, come noto, assegna la sovranità al popolo, si pone in primo piano la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e l’interesse generale **ha rilevanza non solo delle singole amministrazioni ma anche soprattutto perché interesse della collettività. La rilevanza diretta degli interessi generali della collettività permette in altri termini di assegnare agli organi dello Stato neutrali ed indipendenti, il compito di tutelarli direttamente se ed in quanto coincidano con gli interessi dell’ordinamento.**

D’altro canto anche nei significativi precedenti in materia di danno ambientale di poco anteriori , **ci si era già sganciati da una concezione ragionieristica del danno erariale** come nella vicenda del Parco Nazionale d’Abruzzo, in cui si contestava un danno erariale nella turbativa di beni destinati alla collettività ed a beneficio diretto o indiretto della medesima (Corte dei conti Sez. I, n.108 del 1975 e nel danno da inquinamento marino (i fanghi rossi di Scarlino), cagionato alla collettività e riferito all’ente pubblico che ne era esponenziale, Sez. I n. 61/1979.

Il superamento del tradizionale concetto di danno erariale veniva accolta senza riserve e con grande lucidità e ricchezza argomentativa dalla Corte suprema di cassazione nelle pronunce richiamate. In esse (n. 2/80) si afferma che *“non riscontrandosi nella lettera della legge alcuna qualificazione oggettiva del danno erariale e non incontrandosi alcun limite ai fini del collegamento dell’antigiuridicità ad un comportamento soggettivamente concreto - la concezione ontologica del danno erariale debba essere individuata nella (ingiusta) lesione di un interesse economicamente valutabile di pertinenza dello Stato”*. Nella specie detto interesse veniva individuato nell’ *“interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia, all’incremento ed al progresso dell’economia nazionale”* rilevandosi che: *“lo Stato comunità nell’attuale momento storico mira mediante l’opera del suo complesso ed articolato apparato ad assicurare, con cura attenta e sollecita, l’equilibrio economico della società, costituente finalità pubblica primaria dello stato moderno. All’uopo è stato predisposto un coordinato e graduato sistema di strumenti normativi, giudiziari, amministrativi rivolto ad attuare attraverso predeterminate specifiche funzioni demandate ad organi dello Stato amministrazione, la tutela concreta dell’interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia all’incremento il progresso dell’economia nazionale. E sotto questo aspetto e cioè in correlazione ed a causa delle predette funzioni detto interesse deve considerarsi assunto come proprio dello Stato, di modo che ogni fatto che ne ostacoli o ne comprometta la realizzazione e comunque incida negativamente sul conseguimento, in concreto dei fini cui sono preordinate le funzioni pubbliche di cui si discute, integra -oltre alla menomazione della detta sfera funzionale - anche la lesione dello specifico interesse pubblico cui essa risulta coordinata e di cui lo Stato, appunto per le funzioni di cui è investito é titolare e tale lesione è senza dubbio astrattamente idonea a tradursi in un pregiudizio economico ed a configurare perciò un danno antigiuridico ”*.

L’avallo della Corte di cassazione alla configurazione atipica del danno erariale proposta con grande lucidità e coraggio da parte della magistratura contabile era dunque totale ed incondizionato e con

sorprendente modernità anticipava di molti anni lo schema motivazionale della pur dirompente sentenza n. 500 del 1999 della Corte regolatrice sulla risarcibilità degli interessi legittimi (preceduta solo dalla sentenza del 1971 sulla risarcibilità dei diritti relativi) **assumendo come anti giuridica la lesione dell'interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia e all'incremento del progresso dell'economia nazionale.**

IV

Le criticità e la risposta legislativa.

La stagione fertile dell'atipicità del danno erariale risarcibile apriva orizzonti amplissimi all'azione delle Procure contabili che **avevano a disposizione la possibilità di azionare qualunque lesione di norme di protezione degli interessi pubblici tanto più se di rango costituzionale.**

Ciò spiega il perché ad essa abbiano fatto immediato seguito puntuali interventi legislativi.

In materia di danno ambientale il legislatore sarebbe intervenuto di lì a poco con la legge 349/1986, il cui art. 18 devolveva alla giurisdizione ordinaria la materia relativa al risarcimento del danno ambientale azionabile ad istanza dello Stato ed enti territoriali, salva la giurisdizione della Corte dei conti in limitate ipotesi di responsabilità amministrativo contabile. Solo all'esito di una complessa evoluzione della normativa nazionale di recepimento del diritto europeo si è poi giunti ad una (limitata) reintroduzione del danno ambientale alla magistratura contabile (art. 313, comma 6, Codice dell'ambiente, d.lgs.n.152/2006).

Quanto al danno all'economia nazionale, declinato come si è visto sin dagli anni 80 sulla base delle norme costituzionali come inerente all'interesse della collettività alla salvaguardia degli equilibri di bilancio, anch'esso avrebbe subito un'evoluzione, anche se la vicenda appare più complessa.

Intanto è da ricordare che la legge n. 20 del 1994 aveva escluso i provvedimenti in materia monetaria, creditizia, mobiliare e valutaria (art. 3, comma 13) dai controlli preventivi di legittimità della Corte dei conti; tale scelta era indubbiamente motivata dall'esigenza di sottrarre al controllo preventivo del giudice alcune decisioni macro economiche o di indirizzo caratterizzate da alto tasso di politicità.

Detta esclusione, ha influito seppur indirettamente e più gradualmente sul versante dei giudizi di responsabilità, in quanto rafforzativa dell'idea (in realtà tutta da verificare) del costituire la materia monetaria e valutaria appannaggio esclusivo o riservata all'esecutivo (nazionale o regionale) attraendo così le correlative scelte nell'orbita protettiva offerta dal limite legislativo al sindacato del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali, introdotto dall'art.1 comma 1 legge 20/1994 come modificato ad opera del d.l. n.543/1996.

Veniva così di fatto ad essere scoraggiata l'individuazione di un danno erariale atipico *in subiecta materia* da parte del PM contabile e sostanzialmente condivisa e accettata l'introduzione ad opera del legislatore di fattispecie di danno erariale tipizzate, destinate a presidiare il mancato rispetto dei vincoli finanziari e l'integrità ed equilibrio del bilancio ,senza tuttavia considerare che, in alcuni casi, il danno così considerato tornava ad essere inteso in senso formalistico e ragionieristico/contabile, cioè come violazione della correttezza procedurale, connotazione assai di distante dall'accezione aperta

(danno inferto al corpo sociale, all'economia dello Stato comunità ed ai suoi interessi) che era stata accolta dalla Cassazione negli anni '80.

V.

segue: il problema del danno erariale derivante da scelte discrezionali.

Le riforme del 1994/1996 e la istituzione generalizzata delle Sezioni giurisdizionali danno un forte impulso alla responsabilità amministrativa attraverso l'istituzione delle Procure regionali e ciò avviene in un contesto in cui è già in atto una forte evoluzione della pubblica amministrazione che agisce non solo attraverso i classici modelli autoritativi ma anche con gli strumenti privatistici e dell'agire imprenditoriale in un sistema di fonti multilivello, spesso oscure e contraddittorie.

Cambiano le forme dell'azione amministrativa e cambiano i modelli normativi di riferimento ai quali rapportare l'illiceità delle condotte, specie se frutto di discrezionalità.

In detto contesto il problema dei limiti del controllo del giudice sulle scelte amministrative si viene a legare a filo doppio a quello dell'individuazione dell'ingiustizia del danno erariale che a propria volta rimanda al problema della selezione dell'interesse pubblico tutelato (nell'universo dei molteplici interessi pubblici) alla cui corretta realizzazione la scelta discrezionale deve essere orientata divenendo fonte di responsabilità amministrativa personale del funzionario ove produttiva di danno pubblico.

La soluzione legislativa risiede come già rilevato nell'introduzione nel 1996 della norma **sull'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali quale limite al sindacato del giudice contabile scrutinabile ad opera della Corte di cassazione ai sensi dell'art.111 della Costituzione la cui interpretazione era - ed ancor oggi resta - un aspetto di indubbia problematicità.**

Il legislatore, anche in questo caso ha recepito in norma un indirizzo giurisprudenziale elaborato molti anni prima!

Già a partire dai primi anni '70 la Corte aveva infatti affermato la sindacabilità giudiziale e la configurabilità di una responsabilità amministrativa per *manca di convenienza* dell'atto posto in essere, essendo astrattamente ravvisabile in tali ipotesi sia il presupposto soggettivo della violazione di un obbligo di servizio (l'obbligo di perseguire il fine della convenienza amministrativa) sia il presupposto oggettivo del danno ingiusto (erogazione di somme che non realizzano l'interesse dell'amministrazione).

Per contrastare le possibili critiche di eccessiva pervasività del controllo del giudice la Corte aveva poi affinato il criterio introducendo il **parametro della razionalità della scelta.**

Il contributo della Corte di cassazione in sede di verifica del limite della giurisdizione ex art 111 Cost. Affinamento del criterio nel primo decennio applicativo.

In effetti, a fronte delle incertezze della giurisprudenza contabile circa l'esatta interpretazione del limite legislativo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, adite ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, avevano sin dal 2001 offerto soluzioni non del tutto coerenti, oscillanti tra

un'interpretazione sin troppo "rigida e formalistica" del limite legislativo ed interpretazioni sin troppo ampie, tali da renderne "evanescente" la reale portata.

Nel 2003 sentenza n. 14488 del 29/9/2003 viene data rilevanza, sul piano della legittimità e non della mera opportunità, alla violazione del criterio di economicità; la Corte di cassazione apre quindi una seconda fase, in cui gli argini al sindacato sulla discrezionalità da parte del giudice contabile sembrano definitivamente abbattuti attraverso il cavallo di Troia dei criteri di economicità ed efficacia intesi ormai, come "precetti" che devono informare di sé l'azione amministrativa discrezionale.

Successivamente, nel 2006, con una sentenza accuratamente motivata dal punto di vista sistematico-ricostruttivo e per molti versi innovativa, che potrebbe essere idealmente ascritta ad una "terza fase" della faticosa evoluzione della Corte, si perviene ad un approccio interpretativo nuovo cimentandosi nel delicatissimo compito di distinguere l'attività discrezionale della PA da quella svolta secondo strumenti privatistici e imprenditoriali scrutinabili solo in base al parametro della razionalità

Detto approccio verrà mantenuto anche nelle pronunce successive comprese quelle afferenti alla delicata gestione del debito pubblico, come la sentenza n. 9608/2019 in materia di contratti derivati.

VI

Le nuove linee evolutive della responsabilità amministrativa: tendenza a conformare la responsabilità amministrativa secondo modelli di tipicità. Ratio e limiti.

Il mutamento del quadro costituzionale realizzatosi attraverso la riforma del 2012 produce rilevanti modifiche sulla materia della contabilità pubblica e incide sulla conformazione della responsabilità amministrativa e del danno erariale.

La costituzionalizzazione del bene/valore equilibrio di bilancio porta ad una crescente tipizzazione delle regole di condotta cui gli amministratori sono tenuti per presidiarlo, regole la cui violazione diviene fonte di responsabilità erariale.

Nel momento storico in cui viene ad emersione il ruolo fondamentale della giurisdizione contabile alla luce dei mutamenti della Carta costituzionale, l'evento legislativo più di rilievo, a distanza di oltre venti anni dalla istituzione delle sezioni giurisdizionali regionali è rappresentato dal Codice della giustizia contabile, d.lgs. n.174 del 2016 il cui art. 1 include in modo assai chiaro "i giudizi di responsabilità amministrativa per danno all'erario **alla giurisdizione della Corte dei conti.**

La codificazione provoca una rinnovata attenzione da parte della dottrina per la giurisdizione contabile nel suo complesso; non solo per le norme processuali ma anche per le tradizionali categorie dogmatiche della responsabilità amministrativa e del danno erariale che vengono sottoposte a seria attenzione e critica. Si rinverdiscono antichi dubbi e ci si interroga sul *proprium* del danno erariale atipico la cui giurisdizione appartiene alla Corte dei conti.

I risultati dello sforzo ricostruttivo non appaiono tuttavia, su detto versante, risolutivi, confermandosi da parte della Corte di cassazione **il già collaudato schema dualista della reciproca indipendenza**

delle due azioni (civile ed erariale) che sul piano applicativo sconta le gravi criticità già ricordate nella premessa.

Maggiore attenzione suscita in dottrina la tendenza alla tipizzazione legislativa del danno erariale che si consolida negli ultimi anni in funzione della garanzia degli equilibri di bilancio traducendosi in numerose fattispecie che esaltano e consolidano il raccordo tra funzioni di controllo e giurisdizionali.

La giurisprudenza dal canto suo non si mostra ostile al nuovo corso legislativo che trova riscontro anche in norme processuali *ad hoc* ed un nuovo rito riservato alle fattispecie sanzionatorie che connotano un nuovo sistema punitivo contabile.

C'è da dire che la rincorsa alla tipizzazione può essere valutata con favore, nella misura in cui affianca alle fattispecie atipiche di danno, irrinunciabili alla luce della continua evoluzione delle forme dell'azione amministrativa e del rapido mutare del contesto di riferimento, alcune casistiche rispetto alle quali il giudizio di potenziale lesività della condotta è già stato espresso dal legislatore in funzione di vincolo alle scelte degli amministratori pubblici ed espliciti divieti.

Le responsabilità tipizzate aggiungono in definitiva un ulteriore strumento di tutela ma non dovrebbero depotenziare la clausola generale (mai abrogata) del danno erariale atipico, quale strumento più adatto per regolare una realtà amministrativa in crescente e continuo dinamismo.

Ciò conduce, in definitiva all'interrogativo da cui si era partiti. Cosa s'intende per danno erariale?

VII

La nuova conformazione del danno erariale alla luce degli interventi legislativi di cui alla legislazione emergenziale. Critica.

Più di un cenno, prima delle considerazioni conclusive, merita la nuova configurazione del danno erariale dopo l'art. 21 del d.l. 76/2020 già richiamato nelle considerazioni generali introduttive.

L' art. 21 secondo comma, decreto-legge 16 luglio 2020 n.76, convertito con modificazione nella legge 11 settembre 2020 n.120, recita: “*All'articolo 1, comma 1, legge 14 gennaio n.20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. 2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.*”

La norma ha già formato oggetto di approfondimenti in molte ed autorevoli sedi istituzionali e scientifiche nelle quali si è concordemente criticato, *in primis* sul piano delle scelte di politica

legislativa, il sostanziale azzeramento di una funzione essenziale di garanzia nel momento in cui il Paese ne ha più bisogno (Massimo Luciani).

Sul piano più strettamente giuridico, è agevole osservare che la richiesta da parte del legislatore ai fini dell'affermazione della responsabilità della “*volontà del danno conseguente alla condotta*” è indice di un utilizzo quanto meno incauto delle categorie giuridiche, tanto più se riferite alla complessa categoria del danno erariale.

Il termine danno nella lingua italiana allude ad un pregiudizio che può essere patrimoniale o morale, ma nel linguaggio legislativo assume diversi significati.

Quando si parla di danno (erariale) ingiusto o di danno evento ci si riferisce all'elemento oggettivo del fatto illecito, alla lesione dell'interesse tutelato. Quando si parla di danno in relazione al risarcimento e cioè con riguardo alle conseguenze sanzionatorie l'espressione assume il significato di perdite patrimoniali, mancati guadagni, ossia pregiudizi di natura economica.

L'uso promiscuo dei due concetti anche nelle decisioni giudiziarie non è ammissibile: si deve aver chiara la differenza fra l'elemento oggettivo del fatto illecito (la tradizionale *iniuria* di cui all'art. 2043 c.c.), e pregiudizio risarcibile cui si riferiscono altre norme (1223, 1225, 1227, 2058, 2059 c.c.). Sovrapporre tali concetti equivale a mescolare aspetti diversi: quello della ingiustizia della lesione, quello della individuazione del responsabile, quello della selezione dei pregiudizi risarcibili.

Il legislatore, nella norma in commento, ha introdotto un ulteriore fattore di complicazione, richiedendo la prova di una doppia intenzionalità dell'agente di cui dovrebbe dimostrarsi non solo l'intenzionalità della lesione ma anche di quel (e solo quel) pregiudizio economico collegato alla stessa, di fatto azzerando stante la natura diabolica della *probatio* la responsabilità amministrativa per danno erariale!

VIII

Evoluzione del danno erariale. Il nuovo spazio della colpa omissiva

Verso un nuovo danno erariale da mancato esercizio di una condotta doverosa o ragionevolmente esigibile?

Interessanti sono invece le prospettive (non volute né previste dal legislatore) che possono aprirsi sul fronte della responsabilità omissiva per colpa grave che per espressa scelta legislativa (“...*La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.*”) sfugge ai limiti introdotti per le condotte commissive.

Esse potrebbero portare ad una nuova connotazione del danno erariale certamente non tutelabile presso altri plessi giurisdizionali (fatte salve le fattispecie penalmente rilevanti).

I risultati cui è pervenuto il dibattito sulla colpa omissiva in ambito civilistico può rappresentare un valido punto di partenza.

Alcuni autori definiscono colpa omissiva l'omissione in sé, intesa come fatto illecito che deriva dall'assenza di una condotta dovuta, dalla violazione di un obbligo di agire. Altri fanno osservare che occorre distinguere tra colpa omissiva ed omissione anche alla luce degli artt. 42. 2. e 43 1. Codice penale che distinguono tra omissione e la sua imputabilità al soggetto a titolo di colpa.

La necessaria tipicità delle possibili omissioni non smentisce il ruolo di clausola generale dell'art. 2043 c.c. che non si riferisce all'intera norma ma all'ingiustizia del danno che va distinta dalla modalità (omissiva) della condotta che l'ha generato. Il problema è semmai lo stabilire quando l'inerzia (una non azione) rilevi come fatto illecito.

Sotto questo aspetto viene richiamata l'esigenza di una tipizzazione legislativa che qualifichi la doverosità di una condotta, atteso che, pensare che in luogo di una norma apposita, possa essere l'interprete a stabilire quando l'obbligo che si pretende violato sussista, significa rendere l'interprete signore della qualificazione di anti giuridicità e immediatamente della sua illiceità, e poiché quest'ultima è qualificazione essenziale del fatto ai fini dell'effetto risarcitorio, la responsabilità che è obbligazione dipenderebbe nel suo nascere da una valutazione dell'interprete in contrasto con l'art. 23 Cost.

Questo l'ambiente civilistico, non del tutto favorevole alla responsabilità per colpa omissiva, anche se nell'ambito della responsabilità sanitaria, una interessante pronuncia, la n. 8114/2022, ha affermato che la responsabilità civile (sia essa legata alle conseguenze dell'inadempimento di obbligazioni o di un fatto illecito aquiliano), la verifica del nesso causale tra la condotta omissiva e il fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità (positiva o negativa) del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio contro fattuale, **che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto.**

Se questo è lo stato evolutivo (assai avanzato) della giurisprudenza in ambito civilistico, **è lecito attendersi non una contrazione ma una dilatazione dell'area del danno erariale risarcibile collegato al mancato compimento per colpa grave di una condotta doverosa o ragionevolmente esigibile, atteso che il diritto pubblico e amministrativo pullula di previsioni normative che sanciscono un obbligo o dovere di provvedere e sanzionano come illegittimi l'inerzia ed il silenzio, per non parlare dell'omesso esercizio dei poteri sostitutivi o di autotutela doverosa (revoca e annullamento d'ufficio) di provvedimenti lesivi dell'interesse pubblico a rimuovere un atto produttivo di danno erariale (art. 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/1990 e ss. modifiche)**

Non solo, ma al di là delle fattispecie già previste dal legislatore, la giurisprudenza contabile, avallata dalla Corte di cassazione, ha già affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa derivante dall'omesso esercizio di poteri e facoltà da parte dell'amministratore pubblico, qualificando in termini di doverosità (attuare la scelta migliore fra tutte quelle possibili) ciò che in ambito privatistico è rimesso ad una scelta libera ed autonoma del titolare del diritto (es. omesso esercizio dell'azione sociale di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori di società pubblica da parte del socio pubblico (sentenza SSUU, n.13702/2004).

Ciò significa che il criterio della razionalità applicato al mancato esercizio di una condotta che era lecito attendersi per evitare un danno erariale (già coniato dalla giurisprudenza contabile cinquant'anni orsono) potrà trovare nuova linfa ed incentivare l'assunzione di scelte responsabili e tempestive da parte di funzionari pubblici che non potranno invocare alcuna esimente o protezione rispetto all'inazione.

IX

Considerazioni conclusive.

Si era partiti dalle funzioni della responsabilità amministrativa che appaiono ancorate ad un dualismo alquanto riduttivo perché irrigidito su due dogmi: quello **della funzione compensativa che tende ad essere dominante ed assolutizzata** e quello della funzione **preventiva che è essenziale per proteggere l'interesse pubblico generale leso** (il risarcimento del danno a favore dell'amministrazione creditrice non lo elimina dal punto di vista della società nel suo insieme, della collettività che continua a subire la lesione delle risorse perdute o mal gestite!).

È certo che la funzione di deterrenza mal si addice, nell'area della responsabilità civile, al danno ingiusto atipico, come reso palese dalla sentenza delle SSUU **della Corte di cassazione sui danni puntivi n. 16601/2017 che nella sostanza li ha sottoposti ad un rigoroso regime di tipicità legislativa (desunto dall'art. 23 Cost.) al fine di arginare un "incontrollato soggettivismo giudiziario"**.

Il punto è che sul versante pubblicistico nell'ambito delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, vi è stato **già un riconoscimento pieno dell'ammissibilità di un danno erariale atipico legato alla lesione di interessi generali dello Stato Comunità costituzionalmente protetti**, intesi come diversi e distinti rispetto a quelli dell'ente danneggiato ed economicamente valutabili (le risorse pubbliche non sono dell'amministrazione o degli apparati ma dei cittadini) **e detta conquista non è stata mai apertamente sconfessata né sul versante giurisdizionale né su quello legislativo, ragion per cui da essa non può prescindere, men che mai nell'attuale contesto.**

Si apre dunque una nuova strada nel percorrere la quale la magistratura contabile dovrà attingere necessariamente al rigore delle categorie giuridiche per sforzarsi di costruire con equilibrio e misura, nuove figure di danno erariale, non azionabile innanzi ad alcun plesso giurisdizionale diverso da quello contabile, interpretando così con fedeltà la propria missione che non è quella di tutelare interessi di parte delle singole amministrazioni ma interessi generali facenti capo allo Stato-comunità.